

FERNANDA DE ARAUJO

A ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

Curitiba, 25 de outubro de 2002.

FERNANDA DE ARAUJO

A ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

Monografia apresentada como requisito parcial para colação de grau na Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Professor Luiz Chemim Guimarães.

Curitiba, 25 de outubro de 2002.

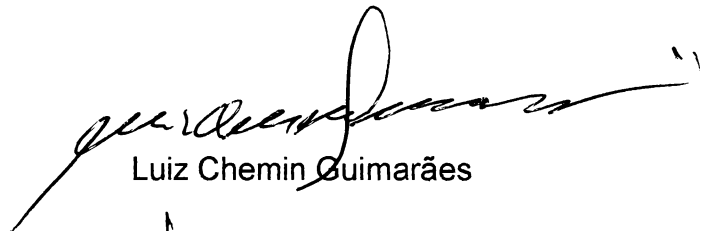
TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA DE ARAUJO

ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA?

Monografia apresentada como requisito parcial para a colação de grau na Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Luiz Chemin Guimarães



René Ariel Dotti



Ricardo Rashid de Oliveira

Suplente

Curitiba, 04 de novembro de 2002.

Aos meus pais e amigos que
tanto avivaram a minha
perseverança.

Minha manifesta gratidão ao Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Comarca de São José dos Pinhais, Doutor Roberto Negrão que tanto colaborou com a realização desse trabalho.

“ A prisão é como um cemitério, onde está enterrado o corpo e o espírito do preso. Perde-se a liberdade, a moral fica abatida. Fisicamente e psicologicamente retrai a pessoa, entra-se num mundo muito pequeno e a pessoa sente um impacto. A penitenciária precisa preparar a volta do interno à sociedade para que não retorne a reincidir, mas está muito atrasada neste sentido...Ninguém pergunta o que o preso perdeu com a prisão...”(depoimento de um preso da penitenciária de Florianópolis transcrito na Obra de Odete Maria de Oliveira, Prisão: um paradoxo social)

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
INTRODUÇÃO.....	1
1. REGIMES PRISIONAIS.....	3
1.1. HISTÓRICO.....	3
1.2. SISTEMA ATUAL.....	12
2. O REGIME ABERTO.....	25
2.1. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CABIMENTO, COMPETÊNCIA , CONCES - SÃO E REVOGAÇÃO.....	25
2.2. FORMAS DE CUMPRIMENTO.....	33
3. ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO.....	41
3.1. SUPRESSÃO NO SISTEMA PENAL ATUAL.....	41
3.2. ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO EM PROJETO DE LEI.....	44
CONCLUSÃO.....	48
BIBLIOGRAFIA.....	52

RESUMO

A elaboração do presente trabalho restou configurada no exame pormenorizado dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que visam alterar o Código Penal em sua parte geral, bem como a Lei de Execuções Penais respectiva suprimindo o regime prisional aberto de cumprimento de pena privativa de liberdade. Para tanto, foram utilizados, além das legislações e projetos de lei pertinentes, exposições doutrinárias e jurisprudenciais constante de nosso cabedal jurídico, confrontando posições diversas e atualmente aplicáveis face aos problemas encontrados na aplicação desse regime aberto em nossa realidade concreta, buscando, por fim, chegar a uma conclusão segura e coerente de sua utilidade para o sistema penal atual em conformidade com a Lei Maior de nosso país, levando em consideração a conjuntura social e econômica em que vivemos e procurando contribuir para o campo de direito penal e penitenciário brasileiro.

Palavras- chaves: Direito Penal; Lei de Execução Penal, Regime Aberto, Estabelecimentos Penais.

INTRODUÇÃO

O ser humano é um ser social por natureza, não concebemos um indivíduo vivendo na mais completa solidão. Não há como viver sem alguém com quem possamos conversar e dividir nossos problemas. Não somos auto-suficientes para prover todas as nossas necessidades sozinhos. De uma maneira ou de outra, sempre vamos precisar contar com a ajuda ou serviço de alguém, enfim com o dom e o talento de um indivíduo que não possuímos.

Diante dessa realidade incontestável, ao falarmos do homem, automaticamente devemos considerá-lo como um ser social. Desde os primórdios da civilização foi assim. Inicialmente Adão e Eva, para os que crêem na doutrina cristã, ou um conjunto de espécies, diferentes em suas características, evoluindo concomitantemente e sobrevivendo na base da vitória dos mais fortes sobre os mais fracos para quem se apegam na teoria científica da origem humana. Seja como for, o indivíduo só conseguiu sobreviver e se procriar porque não estava só no mundo. A convivência social, porém, pressupõe diferenças entre os seres e, por via de conseqüência, conflitos de idéias e ideais.

Foi exatamente em virtude dessas diferenças que se constatou a necessidade de um regramento social para que a sociedade formada por vários indivíduos diferentes pudesse conviver harmoniosa e pacificamente. Aos poucos foram surgindo direitos e deveres e, juntamente com eles, a concepção do justo e do injusto.

Surgiu o direito e com ele suas várias ramificações, entre elas o direito penal. Viu-se a necessidade de punir mais rigorosamente aqueles indivíduos que, de alguma forma, colocavam em sério risco a coexistência humana e o desenvolvimento social. É claro que isso foi ocorrendo ao longo do tempo. De um sentimento interno de justiça e injustiça, foi-se, aos poucos, desenvolvendo-se um sistema jurídico que pudesse garantir a paz social. Sistema esse impregnado de ideais políticos que sobrevivem até os nossos dias e que nunca deixarão de existir. Porém, hoje dividindo espaço com ideais sociológicos e humanizadores em relevante expansão.

A concepção do justo e do injusto nasce dentro de cada indivíduo e, conforme as condições e o ambiente em que vive, diferencia-se um pouco de pessoa para pessoa. Entretanto, o sentimento que vem tomando conta de toda a sociedade brasileira é o mesmo. A Justiça parece estar sendo deixada de lado pelos governantes que insistem em se eximir de sua culpa face a descrença geral que o ordenamento jurídico vem sofrendo, em especial o penal.

A realidade carcerária no Brasil está passando por uma terrível dificuldade, os estabelecimentos existentes estão em péssimas condições de conservação. As penitenciárias se tornaram um amontoado de indivíduos vivendo em condição sub-humana. É uma escola do crime. As colônias penais estão da mesma forma, não possuem condições materiais de proporcionar o que dispõe a lei, com algumas exceções. Por fim, a casa do albergado ou estabelecimentos similares são praticamente inexistentes no país, acarretando uma transformação substancial na execução do regime aberto.

Sem condições materiais a situação vem se tornando cada vez mais caótica, a precariedade dos estabelecimentos existentes e sua escassez têm acarretado a descrença no Poder Judiciário e a sensação de impunidade em toda a comunidade, não só brasileira, mas internacional.

Tudo isso nos leva a pensar em soluções para os nossos problemas, pois se o sistema jurídico vai mal, todos nós seremos atingidos violentamente. Aliás, nós já estamos sendo atingidos com a onda de violência que se espalhou pelo país como um rastilho de pólvora. A cada dia que passa, nossa liberdade de ir e vir vem sendo tolhida em seu espaço. Não podemos mais sair na rua despreocupados, estamos nos tornando prisioneiros em nossas próprias casas, se é que podemos nos considerar seguros dentro dela.

Chegou o momento de arregarmos as mangas e trabalharmos, todos juntos, para que a Justiça volte a nos proporcionar segurança e para que a lei obtenha condições de ser aplicada coerentemente para que atinja a finalidade almejada em sua elaboração.

A Justiça não pode sucumbir a interesses menores. Os fins do Estado devem ser preservados. Enfim, o Estado de Direito deve ser realmente concretizado

CAPÍTULO 1

REGIMES PRISIONAIS

1.1 HISTÓRICO

Atualmente, no campo das Ciências Penais, ao falarmos dos regimes prisionais e, conseqüentemente da prisão, invariavelmente somos levados ao termo pena face a sua freqüente correlação.

Todavia, não podemos confundi-los, pois a pena é uma instituição muito mais antiga, que remonta aos primórdios da civilização. Cada povo em seu período histórico teve o seu questionamento penal o que é facilmente constatado quando estudamos a evolução da função atribuída a pena.

Inicialmente era tida como simples reação natural do homem primitivo para sua sobrevivência. Após, com o desenvolver social e interesses peculiares a todo período histórico, passou a ser considerada como um meio de retribuição e de intimidação, cujo principal exemplo é a conhecida pena de talião. Nessa fase sua justificação era , ora religiosa, ora pública. Enfim, após inúmeras tentativas de socialização passou a ser considerada, em nossos dias atuais, como terapêutica e recuperadora, caracterizando o período humanitário e de defesa social da pena.

As lutas e críticas ainda continuam nos dias de hoje, procurando-se realmente encontrar um sistema com menos falibilidade e que realmente recupere o apenado ao invés de inseri-lo, ainda mais, no mundo do crime. Buscam-se novos métodos de punição face a situação precária e absurda de nossos estabelecimentos penais e , porque não, da própria legislação.

Passemos agora a discorrer sobre a evolução do sentido e objetivo da pena com o posterior surgimento da pena privativa de liberdade e dos regimes prisionais, iniciando com o período da vingança privada até o período do Neodefensismo Social como preconiza o ilustre magistrado Gilberto Ferreira¹.

No período da vingança privada, não podemos falar, propriamente, numa espécie de pena o que só veio a ocorrer com o talião. O que governava as reações dos homens contra atos que pusessem em risco a sua sobrevivência era a vingança

¹ FERREIRA, G.. *Aplicação da Pena*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 17

individual (simples reação instintiva do ofendido),qual seja, o que regia este período era o sentimento do homem que provocava e demandava a justiça privada. Posteriormente, foi transformada em vingança coletiva manifestada de forma ilimitada (entre tribos). Com o aparecimento da instituição familiar, evolui para a vingança da paz social ensejando a chamada vingança do sangue.

Ultrapassada essa fase, passou-se da vingança ilimitada para a vingança limitada que teve como seus principais elementos o talião material (olho por olho, dente por dente, qual seja, punia-se o mal com o mal, a retribuição era de igual para igual). e a composição, por meio da qual comprava-se ou negociava-se a impunidade do ofensor e seus parentes por meio de dinheiro, armas, utensílios ou outros meios similares, substituindo a reparação física pela material, independentemente do crime cometido.

Conforme a sociedade evoluía, foi necessário encontrar novos argumentos e institutos para “manter a ordem”, iniciando-se, então, o período da vingança divina, que impunha aos indivíduos normas de conduta inspiradas em preceitos oriundos, supostamente, dos deuses. A religião era o próprio direito e os poderes dos imperadores e reis era impregnado de caráter teocrático. Para tanto, basta fazermos uma análise dos Códigos de Hamurabi , Leis Mosaicas e do Código de Manu, para entendermos a função atribuída ao instituto da pena da época.

O sentimento continuava sendo de vingança, agora calcada na vontade divina. No Egito, o direito era uma revelação dos deuses, regulado por livros que continham leis penais, nos quais ainda vigoravam o talião e a composição (Livros Sagrados). Assim também se deu na Assíria, China e Fenícia, cada qual priorizando os interesses dominantes. Na Babilônia encontramos o Código de Hamurabi que continha poucas normas de cunho religioso, mas utilizava-se dos mesmos institutos. Na Pérsia é que encontramos a mais bárbara e sanguinária justiça penal dessa época. Meios insidiosos e cruéis eram utilizados como lapidação, esquartejamento, decapitação, empalação, crucificação, *escaffismo*, entre outras. Foi em Israel que o caráter teocrático mais se caracterizou, em especial nos primeiros livros da Bíblia. Por fim, na Grécia, também se fez presente, além de Roma.

À medida em que se avança no tempo, constata-se um aumento dos crimes contra a pessoa e o patrimônio, enquanto que as formas religiosas vão

regredindo. Desenvolve-se a criminalidade humana em face da religiosa (contra as coisas coletivas, tradições e costumes), surgindo, daí, o período da vingança pública.

Novos conceitos e valores foram surgindo, fortalecendo-se a autoridade pública, passando o Estado a chamar para si o exercício da pena. A composição tornou-se um dever jurídico e a pena assume finalidade política.

Na Idade Média a Igreja assumiu um papel relevante no campo penal , reacendendo a importância para os crimes religiosos. Talvez seja nesse período que encontremos a primeira manifestação da pena de prisão. No século V, a pena de prisão era imposta ao clero faltoso que era recolhido em uma cela para reclusão solitária, conhecida como “in pacem”. Era visitado somente pelo seu guia espiritual, tendo como fim alcançar o arrependimento do ofensor. Sendo daí que , mais tarde, originou-se a pena privativa de liberdade e o uso da expressão celular.

Entretanto, embora algumas facções da Igreja tenham tentado amenizar as penas, foi nesse período que a repressão atingiu o seu ápice, surgindo novos meios insidiosos de castigo, afinal a pena era um castigo envolto por cerimônias teatrais que tinham como fim atemorizar a população prevenindo o cometimento de novos crimes.

Por volta do século XIX, observou-se que tais penas cruéis e insidiosas não estavam mais atingindo a função de outrora. Constatou-se a necessidade de reformulação do direito penal, iniciando-se um novo período conhecido como humanitário.

Nesse período, houve a redução dos crimes contra as pessoas e um aumento dos crimes contra o patrimônio, exigindo a moderação das punições. Como bem sintetiza Foucault² :

Na verdade a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo onde figura o desenvolvimento da produção de aumento de riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações das propriedades, método de vigilância mais vigoroso, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informações...

² MICHEL, F.. *Vigiar e Punir*, Tradução de Ligia M. Pondé Vassalo, Petrópolis: Ed. Vozes, 1977,p. 72.

Atacava-se também, a corrupção que imperava na Justiça até então, a qual se apresentava desestruturada, sem ensejar a mínima segurança jurídica essencial de um sistema repressivo. Vendiam-se ofícios de juiz ou transmitiam-se por herança, havia uma confusão entre o poder que prestava a justiça, o que formulava uma sentença aplicando a lei e o que fazia a própria lei, enfim, uma série de privilégios que desmoralizavam o exercício da justiça. Enfim, a Justiça Penal era irregular, exercida por uma multiplicidade de instâncias ensejando uma ordem de conflitos de natureza jurídica, política e econômica. Na França, além de tudo isso, o rei ainda tinha o poder de decisão todo em suas mãos, podendo impedir o curso de processos entre outras coisas.

Foi nesse período em que adentrou-se o período humanitário da pena, tendo como um de seus principais expoentes Cesare Bonesane, o marquês de Beccaria que com sua obra *Dei Delitti e Delle Pene*, revolucionou o conceito e objetivo da pena. Já dizia Evandro Lins e Silva: “ desde que apareceu, a obra de Beccaria passou a ser o farol, o ponto de luz a indicar o caminho a ser seguido pelos estudiosos do direito penal. As suas premonições faziam antever que um dia, afinal o homem seria remido e resgatado de toda a punição infamante, cruel ou atentatória a sua dignidade”.³

Enfim, não só se buscava uma reforma na justiça da pena, mas como na própria distribuição e funcionamento da justiça. O direito precisava calcar-se na defesa da sociedade como um todo e não mais do rei. O fim de retribuição deveria transmutar-se para prevenção, pois como acentua Odete Maria de Oliveira: “o passado não retorna, mas o futuro será certo, e é para ele que o castigo dever ter função exemplar.”⁴

A pena deixava de ser uma punição ao corpo do criminoso e passava a ser encarada como um fato individual e social, passando a ser concebida como um remédio e não como um castigo. É o período científico da pena, cujos principais expoentes foram Lombroso, Ferri, Garofalo e Grispigni.

³ ver de Beccaria a Filippo Gramatica, *Sistema Penal para o Terceiro Milênio, atos do colóquio Marc Ancel*, organização de João Marcello de Araujo Junior, Rio de Janeiro, 1991

⁴ OLIVEIRA, O. M. de. *Prisão: Um Paradoxo Social*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.

A pena de reclusão que veio substituir as penas corporais, também se impôs sobre a vontade e disposição do condenado de maneira dolorosa e institucionalizada. Em decorrência disso, inicia-se o período da Nova Defesa Social que preconiza o abrandamento das penas. Bem explicita Gilberto Ferreira citando Manoel Pedro Pimentel:⁵

Manoel Pedro Pimentel resumiu os objetivos da Nova Defesa Social, como sendo: 1. A pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade; 2. A pena, além de ser exemplar e retributiva, tem um escopo de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinqüente; 3. A justiça penal deve ter presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano.

É o período em que nos encontramos agora, buscando conferir à cominação penal eficácia ao seu objetivo maior que passou a ser a ressocialização e reeducação do delinqüente, com o desenvolvimento de teorias que limitam a aplicação da privação da liberdade a substituindo por meios menos gravosos ao ser humano e mais eficazes a sua reeducação como as penas restritivas de direitos.

Visto, sucintamente, a evolução histórica das penas, podemos passar para o surgimento das prisões e, conseqüentemente, dos regimes prisionais, frisando que sua contextualização histórica se encontra disseminada por todo esse período que acabamos de relatar, ressaltando que a passagem de uma fase histórica da pena para a subsequente não se deu de forma ordenada e perfeitamente cronológica. Não podemos esquecer que estamos falando da história escrita pelo ser humano e seus interesses dominantes, não havendo qualquer sincronia perfeita entre a sucessão de tais períodos.

No período da vingança natural, ainda não nos deparamos com qualquer instituto que pudesse ser o precursor do sistema carcerário que temos hoje, pois os povos primitivos ignoravam por completo as penas privativas de liberdade e conseqüentemente as prisões.

A detenção aparece na história, pela primeira vez, como uma mera medida preventiva, qual seja, era utilizada para evitar fugas sendo que a prisão se localizava nos castelos e templos. Sua necessidade tornou-se imperiosa face o

⁵ Op. Cit. p. 18

desenvolvimento da sociedade e a passagem da responsabilidade coletiva para a individual.

É em Roma que encontramos a mais antiga prisão, construída na Idade Média e após disseminada para os demais países. Sabe-se pouco das prisões dessa época, mas face as condições econômicas e culturais, constata-se que apresentavam péssimas condições, em geral feitas em buracos em forma de fossas onde o condenado era remetido para lenta e cruelmente ser esquecido, e onde ficava até a sua morte. Essas formas de prisão não constituíam prisões propriamente ditas, não se vinculando às espécies dos crimes cometidos.

No Código de Manu, encontramos apenas em um de seus versículos a referência, ainda que isolada, a prisão, "...que a lei coloque todas as prisões sobre a via pública, a fim de que os criminosos aflitos e ignóbeis sejam expostos aos olhares de todos."⁶ Nota-se que o intuito continuava sendo o de amedrontar os demais cidadãos.

Somente no livro de Esdras é que o aprisionamento passa a ser considerado como uma pena.

Em Atenas era utilizada como prisão especial. Nessa época, Platão e Sócrates, já pregavam sua utilização, enxergando nela uma forma de emenda e correção, um mal que devia ser reparado.

Ressalte-se que nesse período começava a se disseminar o uso da pena privativa de liberdade, mas a resistência a ela perdurou por algum tempo, somente mais tarde sendo reconhecida como instituto autônomo e principal forma de punição.

Foi na sociedade cristã que a prisão passou, nitidamente, a ter um caráter de sanção, embora restrito aos membros do clero. Inicialmente era aplicada temporariamente e após passou a ser aplicada perpetuamente.

Mariano Funes descreve bem a forma de sua utilização e sua finalidade:

A igreja instaura com a prisão canônica o sistema da solidão e do silêncio. A sua reforma tem profundas raízes espirituais. A prisão eclesiástica é para os clérigos e se inspira nos princípios da moral católica: o resgate do

⁶ DURKHEIM, E. *in* Deux Lois de L'Évolution Penale, in *L'Année Sociologique*, 1980.

pecado pela dor, o remorso pela má ação o arrependimento da alma manchado pela culpa.⁷

Os presos ficavam isolados de tudo e todos, para que pudessem orar e se arrepender do que fizeram.

Nessa época começava-se a pregar a substituição das penas infamantes pelas privativas de liberdade com Santo Agostinho ("... na justiça não se deve esquecer a misericórdia e ao se odiar o delito não se deve esquecer que o delinqüente é homem")⁸ e São Tomaz de Aquino .

Ainda, após esse período, a pena privativa de liberdade demorou um bom tempo para, só então, ser definitivamente considerada como principal meio de punição, substituindo em muitos casos a pena de morte.

As primeiras prisões registraram-se na Europa, entre elas está a casa de força de Gand. Essas casas de força apareceram no século XVI, sendo inicialmente destinadas a internação de mendigos, prostitutas e jovens criminosos, os quais estavam sujeitos a um regime de trabalho obrigatório. Porém, é mais precisamente no século XVII e XVIII que aflora, no mundo, os estabelecimentos carcerários, embora sem qualquer ordem e higiene. Não se pensava ainda na ressocialização do apenado. As prisões eram, em geral, subterrâneas e insalubres, eram verdadeiros centros do desespero e da fome no qual amontoavam-se aquelas pessoas tidas como indesejáveis pela sociedade.

Em 1764, já no período de humanização da pena, que de humana não tinha nada, surgiu um Inglês chamado John Howard que iniciou em seu país um movimento para, verdadeiramente, se humanizar a pena e o regime prisional da época. Ele idealizava um sistema penitenciário baseado em recolhimento celular no qual se propiciasse uma reforma moral através da religião e do trabalho diário, com as necessárias condições de higiene e alimentação.

Com a sua morte, suas idéias continuaram sendo seguidas através do criminalista inglês Geremias Bentham que apresentou um novo modelo de encarceramento chamado panótico. Esse novo sistema consistia em um tipo de

⁷ FUNES, M. R.. *A crise nas prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953.

⁸ DONNICI, V. L.. *A criminologia na Administração da Justiça Criminal*, p.12.

prisão celular caracterizada pela disposição radial das celas, com janelas para dentro e para fora do estabelecimento , sendo que em seu centro havia uma torre, por meio da qual, poder-se-ia observar todos os detentos por um só indivíduo. Já as pessoas livres poderiam observar os condenados pelo lado de fora, não deixando estes de seguirem como exemplo para o não cometimento de crimes (eram como personagens de um teatro). Não havia perigo de evasão ou más influências. Buscava-se a prevenção do crime ao colocar o preso em posição de ator principal de um teatro em que cada cela se estereotipava como o palco. Os objetivos se consubstanciavam na regeneração do condenado com boas condições de higiene, alimentação, educação e trabalho obrigatório. Sua idéia não foi posta em prática em seu país, mas se espalhou pelo mundo todo, tendo sido nos E.U.A a construção da primeira penitenciária panóptica do mundo , no ano de 1800.

Concomitantemente a esse período, surgia na cidade da Filadélfia , por volta de 1790, um novo regime de reclusão chamado “Solitary confinement” que mais tarde ficou conhecido como sistema da Filadélfia. Nele se impunha o isolamento total e constante do condenado, sem trabalho ou qualquer tipo de visita, devendo ser estimulado a regeneração apenas com a leitura da Bíblia.

Conforme evidencia João Farias Junior:

o condenado chegava na prisão, tomava banho, era examinado pelo médico, após vendados os seus olhos, vestiam-lhe uniformes; encaminhado à presença do diretores onde recebia as instruções sobre a disciplina da prisão; em seguida era levado à cela, desvendado os seus olhos, permanecendo na mais absoluta solidão, dia e noite, sem cama, banco ou assento, com meios estritamente necessários para suportar a vida. Muitos se suicidavam. Outros ficavam loucos ou adoeciam. O nome era substituído por número, aposto no alto da porta e no uniforme; a comida era fornecida uma vez ao dia, só pela manhã; era proibido ver, ouvir ou falar com alguém; a ociosidade era completa; o estabelecimento penitenciário de forma radial com muros altos e torres distribuídas em seu contorno, tinha regime celular.⁹

Ademais, cabe ressaltar que havia a chamada exposição do prisioneiro a estranhos para que servisse de exemplo para os demais cidadãos(função preventiva).

⁹ FARIAS JUNIOR, J.. *A ineficácia da Pena de Prisão e o Sistema Ideal de Recuperação do Delinqüente*. P. 35 e 36

Por fim, tal sistema mereceu as críticas que lhe foram impostas, pois sua severidade, e por que não, crueldade, impediam qualquer possibilidade de ressocialização do detento.

Em 1821, em oposição ao sistema Pensilvânico, surgiu o sistema de Auburn, em Nova York. Aqui, o silêncio absoluto continuava sendo regra, mas durante o dia os condenados mantinham contato com a comunidade carcerária. O seu funcionamento era distribuído da seguinte forma, conforme João Farias Junior, já citado anteriormente: o preso era acordado por volta da 5:30h da manhã, limpava a cela, fazia sua higiene e alimentava-se. Após se dirigia para oficinas de trabalho existentes, onde trabalhavam até a tarde na companhia dos outros presos, podendo lá permanecer até às 20:00 horas. Terminado o trabalho o detento jantava e era recolhido a celas individuais, permanecendo no mais absoluto isolamento durante a noite. O silêncio era sagrado nesse sistema, fosse dia ou noite, visto como um dos meios de regenerar o preso. Sua quebra era motivo de castigo. Por causa dessa regra os presos criaram uma linguagem de sinais que até hoje é encontrada nas penitenciárias atuais.

Embora tenha se percebido uma evolução em relação ao sistema anterior, esse sistema também não conseguiu atingir sua finalidade que é a regeneração do apenado. A proibição de visitas, falta de lazer e exercícios físicos eram os obstáculos de tal sistema.

Da crítica ao sistema Auburniano, criou-se na Espanha o sistema de Montesinos, no qual imperava a forma de trabalho remunerado ao preso para não ser explorado, suprimindo qualquer espécie de castigo corporal.

Ainda no século XIX, despontou, também, na Inglaterra um novo sistema de prisão que ficou conhecido como sistema progressivo Inglês, atribuído a Alexander Maconochie que introduziu no sistema penitenciário o conhecido “Mark System”, segundo o qual a duração da pena não dependeria mais exclusivamente da sentença condenatória, mas também da boa conduta do preso e de seu trabalho, recebendo marcas e vales quando se comportava bem. O tempo de duração da pena era cumprido em três períodos: o período de prova(com isolamento celular completo), o período com isolamento celular noturno e trabalho comum durante o

dia, em silêncio) e o período da comunidade, com benefício da liberdade condicional.

Na mesma época, na Irlanda, esse sistema de vales foi adotado, acrescentando-se aos períodos de cumprimento da pena mais um, o período de preparação para a vida livre, nascendo aqui os germens do regime prisional semi-aberto e aberto. O preso era transferido para estabelecimentos com vigilância abrandada, sem utilização de uniformes, com permissão para conversar, sair até uma certa distância, trabalhar no campo fora do estabelecimento, enfim, tudo para prepará-lo para a liberdade.

Esse sistema, conhecido como sistema progressivo Irlandês foi adotado pelo Código Penal Brasileiro, excluindo-se o sistema de vales. Aliás, não só o Brasil, mas vários países do mundo o adotaram, excluindo, a maior parte deles, a concessão de liberdade condicional.

Com o passar do tempo e a detecção de falhas, os sistemas, pouco a pouco, foram “evoluindo” até chegar aos atuais. Com o Brasil ocorreu a mesma coisa e ao que tudo indica, logo logo, irá sofrer nova modificação face a atual crise em que se encontra. A Lei de Execução Penal é moderna e progressista, mas não há no país estrutura suficiente para aplicá-la. Em face da ausência de estrutura e da impossibilidade, ao menos aparente, de criá-la, estuda-se nova modificação do sistema, dentro dele da própria Lei de Execução Penal, para que possa, ao menos, ser destinado ao preso um tratamento real mais humano, digno e dentro da realidade que temos em nosso país.

Mas uma coisa é certa, se os governantes e a sociedade privada não se unirem para por em prática tais reformas e leis, o sistema não obterá sucesso, façam-se tantas mudanças quanto se acharem convenientes.

Como bem disse Ihering: “a história da pena é a sua constante abolição”.

1. 2. SISTEMA ATUAL

Após a reforma do Código Penal com a Lei nº 7.209/84, aboliu-se a distinção entre penas principais e acessórias, declarando-se no artigo 32 que as

penas são: privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa, corroborado pela Constituição Federal de 1988.

As primeiras são a matriz do sistema prisional, a cada crime definido em lei é imposta uma pena privativa de liberdade (salvo algumas exceções em que se impõe a multa). Com o tempo, surgiram novos meios de se apenar um delinqüente, meios menos gravosos e mais atinentes ao fim da repressão estatal como a multa e as penas restritivas de direitos. Hoje, face a falibilidade e o fracasso de nosso sistema carcerário, tem-se procurado dar maior amplitude aos casos de substituição das penas privativas de liberdade por multa ou penas restritivas de direitos, procurando resgatar a eficácia da punição penal, qual seja, a verdadeira ressocialização do condenado.

Cabe-nos aqui, face ao tema escolhido, atermo-nos às penas privativas de liberdade, embora as penas restritivas de direitos sejam conexas a idéia de supressão do regime aberto.

Como visto anteriormente, a pena de prisão teve a sua origem nos Mosteiros da Idade Média com o fim meramente punitivo e restrito aos monges. Daí surgiu a inspiração para a construção de novas prisões que com o tempo foram se aperfeiçoando, procurando dar a pena privativa de liberdade uma finalidade ressocializadora.

O nosso sistema penal adotou o sistema progressivo Irlandês no que tange a execução da pena privativa de liberdade. Nesse sistema, dá-se relevo ao aproveitamento e comportamento do preso aferido por sua conduta e seu trabalho. Ele divide-se em quatro etapas: o período de prova com o isolamento absoluto do condenado; a permissão para o trabalho comum, em silêncio e durante o dia. Com o tempo passa a usufruir de outros benefícios, podendo ausentar-se do estabelecimento penal e , por fim, o período que permite o livramento condicional.

Aperfeiçoando e particularizando essa linha foi que o nosso sistema se estruturou.

As penas privativas de liberdade se dividem em penas de reclusão e penas de detenção, além da prisão simples. Sua distinção reside basicamente no disposto no artigo 33 do Código Penal em que se possibilita o cumprimento da pena de reclusão nos três regimes (fechado , semi-aberto e aberto) e a de detenção

apenas nos dois menos gravosos. Porém, no próprio dispositivo legal, permite-se que o condenado a pena de detenção venha a cumpri-la em regime fechado por meio do instituto da regressão. Outra diferença está no fato de que as penas de detenção podem ser substituídas por medidas de segurança de internamento em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, sujeito a tratamento ambulatorial (artigo 97). Porém, se a pena é de reclusão, aplicar-se-á medida de segurança detentiva.

São nesses pontos que reside a diferença básica entre a detenção e a reclusão, a primeira destinada a crimes de menor potencial ofensivo e a segunda aos mais graves, em tese. Trata-se, na verdade, mais de uma diferença formal do que material. Porquanto, basta ressaltarmos o fato de que a execução de muitas penas privativas de liberdade se faz nas próprias cadeias públicas, locais inócuos para tal. Seja o condenado a pena de reclusão ou detenção, seja qual regime tenha sido fixado como o inicial, o tratamento despendido a ambas é praticamente o mesmo.

É por esse motivo e outros tantos que se constata no mundo do ser, que, modernamente, prega-se pela unificação das penas privativas de liberdade, visando conferir-lhe maior eficácia e adequabilidade ao comando legal da Constituição Federal que impõe a individualização da pena. Inclusive os projetos de lei que visam alterar o Código Penal e a própria Lei de Execução Penal, utilizam-se apenas da expressão prisão, abolindo os termos detenção e reclusão em alguns de seus artigos.

Mister ressaltar também, que as mulheres possuem ou deveriam possuir um regime especial de cumprimento de pena com estabelecimentos dotados de características próprias.

Atendendo ao comando constitucional de individualização na execução da pena, a legislação adotou o sistema progressivo já vigente na lei anterior.

O sistema progressivo leva em conta o mérito do condenado, a quantidade da pena e a reincidência, dividindo a execução da pena em três regimes prisionais a saber: o fechado, o semi-aberto e o aberto.

O regime fechado de execução da pena privativa de liberdade é destinado àqueles crimes com maior potencial ofensivo à sociedade ou cuja pena é de maior duração.

Estarão submetidos ao regime fechado os apenados cuja pena seja superior a oito anos de reclusão; cuja pena seja inferior a oito anos e superior a quatro anos, desde que reincidentes. Aqui, mister ressaltar que parte da doutrina e jurisprudência não levam em conta a quantidade da pena para impor esse regime, bastando que seja reincidente, independentemente da quantidade de pena imposta. Logo, àqueles condenados a pena inferior a quatro anos, mas reincidentes, também caberia a imposição do regime fechado.

Ademais, também estarão sujeitos ao regime fechado os condenados a título de crimes hediondos ou a eles equiparados, devendo cumprir a pena integralmente em regime fechado, o que leva alguns juristas e doutrinadores a questionarem a constitucionalidade de tal medida face ao princípio da individualização da pena. Por fim, cabe ressaltar que aqueles condenados a pena de detenção poderão vir a cumprir pena em regime fechado através do instituto da regressão .

O condenado será obrigatoriamente submetido, no início de cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para a individualização da execução (artigo 34 do Código Penal e 8º da Lei de Execuções Penais.)

Há tempos percebeu-se a necessidade de se diferenciar a execução da pena para cada sentenciado. Obviamente ela não pode ser igual e homogênea, porque nem todos os condenados são iguais e nem todos eles apresentam sinais de recuperação simultaneamente. Assim, a execução da pena exige um programa específico e ajustável para cada tipo de preso, para , só então, podermos materialmente falar em individualização da pena, qual seja, dar a cada um os meios necessários para sua reabilitação, conforme suas condições pessoais. Note-se que é absurdo colocar um condenado por furto de um suíno juntamente com um homicida, é uma incoerência teratológica de consequências desastrosas para a sociedade e todo o sistema penal, que infelizmente temos sentido na pele.

Partindo desse princípio, as legislações modernas vem relevando a necessidade de elaboração desses programas, exigindo a individualização da pena (

Regras Mínimas de tratamento ao preso da ONU nº 8, Conselho Europeu nº 8). Conosco, não foi diferente, estabelecendo a Constituição Federal o princípio da individualização da pena internamente ligado com as garantias constitucionais de personalidade da pena e sua proporcionalidade.

No artigo 5º da Lei de Execução Penal, está assegurada a classificação do condenado, levando em conta os seus antecedentes e sua personalidade. Essa classificação se faz pelo exame da personalidade e pelo exame criminológico (artigo 8º da LEP).

O exame criminológico leva em conta o binômio delito-delinquente, procurando oferecer um diagnóstico e um prognóstico criminológico, bem como um “remédio” para tal, analisando a conduta criminosa *in concreto*.

“Individualizar é dar a cada qual as oportunidades e os elementos necessários para lograr a reinserção social iniciando com o processo de observação do condenado para sua classificação”¹⁰, conforme sábias palavras de Julio Fabrinini Mirabete.

Assim, além do exame de personalidade que deve ser efetuado no curso do procedimento criminal, exige-se o exame criminológico.

Segundo a exposição de motivos da Lei de Execução Penal, o exame criminológico visa o conhecimento da inteligência, vida afetiva e princípios morais do preso para determinar sua inserção no grupo com o qual conviverá. Ademais, visa evitar sua transferência, quando ainda não esteja preparado para tal, buscando proteger-se a coletividade.

Tal exame deveria ser feito em centros de observação autônomos, dotados de meios materiais adequados para tal. Entretanto, em face da ausência desses centros, tais exames tem sido realizados pelas comissões técnicas de classificação de cada presídio, quando existem. Muitas vezes os magistrados são obrigados a formar dentro da própria sociedade, equipes destinadas para tal.

Infelizmente é imperioso reconhecer que tais previsões legais não tem encontrado meios, quer materiais, quer pessoais, de serem postos em prática.

A respeito, bem salienta Jason Albergaria:

¹⁰ MIRABETE, J. F.. *Execução Penal*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

grande parte dos estabelecimentos prisionais não possuem pessoal qualificado para elaboração do diagnóstico inicial; ainda que exista o diagnóstico, não é suficiente para elaborar o programa de tratamento : as entrevistas para o diagnóstico não duram mais de 15 minutos. Em outros estabelecimentos, não se reúne a Comissão de Classificação, e quando se reúne, suas decisões não se referem ao tratamento, mas à segurança e à disciplina. É na terceira fase do tratamento que o fracasso é mais freqüente. Acontece que os relatórios de observação nem chegam a ser lidos. O pessoal de disciplina às vezes considera as recomendações da classificação como contrárias à ordem e à segurança.¹¹

O regime fechado, caracteriza-se por uma limitação das atividades em coletividade do preso e por maior vigilância dos mesmos, determinando a lei que a execução da pena em regime fechado seja realizada em estabelecimentos de segurança máxima ou média, denominados de penitenciárias (artigo 33, § § do CP).

Prevê a lei que os condenados ao regime fechado estarão sujeitos ao trabalho diurno, conforme suas aptidões anteriores a condenação e ao isolamento em cela individual durante a noite, sendo que estas devem possuir os requisitos básicos quanto a sua salubridade e área mínima.

Diante de todas essas circunstâncias, existem regras a ser mantidas quando da construção e utilização dos estabelecimentos penitenciários referentes. Entretanto, apesar de disposto em lei, sabemos claramente que isso é mera ilusão. Não há disponibilidade de trabalho na maioria dos estabelecimentos penais e quando há, não há obrigatoriedade do trabalho, mas sim facultatividade. Ademais, celas individuais com condições mínimas que respeitem a dignidade humana são puro objeto de idealismo. Nossas penitenciárias estão superlotadas e mantêm em sua arquitetura a aparência terrorista , fúnebre e macabra da Idade Média. Mister ressaltar, ainda, que hoje em dia, infelizmente, deve-se citar as cadeia públicas como estabelecimento penal de cumprimento de pena em regime fechado, aliás em qualquer regime prisional. Na inexistência de presídios suficientes, muitos condenados acabam cumprindo a pena em cadeias públicas que deveriam ser destinadas ao recolhimento de presos provisórios.

Essa é a realidade de nosso sistema carcerário e do regime prisional fechado, que embora criminalizador deve ser mantido, porém reestruturado. Deve-se respeitar a lei, obedecer a capacidade máxima de cada estabelecimento. As celas

¹¹ ALBERGARIA, J.. *Comentários à Lei de Execuções Penais*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1987.

não precisam ser individuais, aliás creio que seria cruel demais, mas com um número razoável de condenados que estimulasse o convívio em meio a outros homens, cada qual com características diversas. Por fim, assistência cultural, à saúde e principalmente ao ofício. O trabalho deve ser proporcionado a todos os presos e obrigatório. A solução viável hoje em dia, proposta por alguns magistrados e doutrinadores, é a utilização do trabalho externo em obras públicas permitido pela Lei de Execuções Penais, mas que infelizmente por desídia é deixado de lado por puro preconceito ou preguiça de vigilância. (mister frisar que já existem projetos de lei que proíbem o trabalho externo para aqueles condenados a cumprir a pena em regime fechado).

O regime semi-aberto é destinado àqueles condenados à pena de detenção ou àqueles condenados a pena de média ou curta duração, qual seja, é destinado àqueles crimes de menor potencial ofensivo e aos delinqüentes aptos a cumprirem pena em estabelecimento de menor segurança (menos vigilância) onde a tônica é o trabalho.

Devem obrigatoriamente iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja sua duração, bem assim, os condenados a pena de reclusão inferior a oito anos e superior a quatro anos que não sejam reincidentes. Também, poderá ser fixado regime semi-aberto àqueles condenados a pena inferior a quatro anos em que as circunstâncias judiciais imponham tal regime. Quanto a ser reincidentes ou não, recai no dito anteriormente, para alguns se a pena for inferior a quatro anos e existir reincidência, deve fixar-se o regime fechado, já para outros o subsequente regime mais gravoso que no caso seria o semi-aberto. Por fim, cumprirão pena nesse regime os condenados a regime fechado que após satisfação dos requisitos legais progridam de regime ou regridam do aberto para o semi-aberto.

O exame criminológico é facultativo, mas se houver meios materiais de realizá-lo deverá ser feito.

O regime semi-aberto deve ser cumprido em estabelecimento penal de menor segurança denominado de colônia penal agrícola, industrial ou similar.

Nesses estabelecimentos a tônica é o maior senso de responsabilidade do preso e o trabalho para que recupere a sua dignidade e aos poucos vá se preparando para a liberdade.

É um regime de transição entre o aberto e o fechado quanto às suas características, qual seja, a vigilância é menor, mais ainda existente. O trabalho é obrigatório e pode ser realizado ao ar livre, o repouso noturno pode dar-se em celas coletivas, desde que respeitados um limite razoável de capacidade física. Aqui, preza-se pela capacidade de senso de responsabilidade do preso, estimulando-o e valorizando-o, o que o leva a cumprir com deveres próprios, submetendo-se a disciplina e não fugindo.

Em geral, quando respeitados esses requisitos impostos pela lei, os estabelecimentos destinados ao cumprimento desse regime tem atendido ao fim proposto, principalmente os industriais. Entretanto, em face de números insuficientes, o que gera insuficiência de vagas, muitos presos condenados ao regime semi-aberto inicial ou já em condições de progressão do fechado para o semi-aberto, permanecem em presídios ou cadeias públicas cumprindo o quantitativo de sua pena em estabelecimento inadequado a ressocialização do preso e ofensivo ao princípio da individualização da pena. Mister frisar que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que, havendo inexistência de estabelecimento adequado ou insuficiência de vagas é necessário conceder prisão domiciliar a título provisório

Nesse sentido:

PENA. CONDENAÇÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA.

... o sentenciado deve permanecer no regime aberto, em caráter excepcional e provisório enquanto não houver vaga no regime semi-aberto, porque ele não poderá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, uma vez que isso importará em constrangimento ilegal. ... a fim de restringir até obtenção de vaga (regime semi-aberto) o regime que se convola em albergue domiciliar. ... (**Agravo 213.885 – SP – TJSP – Rel. Des. Ary Belfort – j. 08.10.96, publicado no Boletim Informativo Juruá 137, p. 47 nº 10.342**)

Porém, há quem entenda o contrário, qual seja, não se pode conceder prisão domiciliar caso não haja vagas na colônia penal, devendo ser o apenado

transferido para regime aberto provisoriamente. Porém, não existindo igualmente casa do albergado deve apenas ser concedido a saída do preso para o trabalho, mas sem prisão domiciliar. Nesse sentido:

CONDENADO A REGIME SEMI-ABERTO, MANTIDO EM DELEGACIA. ILEGALIDADE.

A manutenção do réu condenado a regime semi-aberto no xadrez, sob alegação de que não existe casa de albergado, configura violação de direito do preso. Recurso ordinário conhecido e provido para que o paciente se ausente durante o dia para trabalhar e se recolha, à noite, à cadeia pública. Impossibilidade de cumprimento em prisão domiciliar. (**HC 5.365-7 – Rel. Orig. Min. Anselmo Santiago – Rel. Desig. Min. Adhemar Maciel – STJ – 6ª T. – DJU 23.09.96, P. 35.155**)

Todavia, não podemos deixar de frisar que alguns estabelecimentos tem se mantido esquecidos pelo poder público, não proporcionando aos detentos um mínimo de dignidade e condições de ressocialização. Pelo contrário, proporcionam uma degradação do apenado, introduzindo-os, ainda mais, no submundo do crime, promiscuidade e vícios.

Por fim, chegamos ao regime aberto, baseado na autodisciplina do condenado e o último caminho a ser percorrido para a reabilitação e retorno a sociedade, quando não fixado inicialmente.

Para que seja cabível o regime aberto é necessário que os requisitos do artigo 114 da Lei de Execuções Penais sejam cumpridos. Ademais, impõe-se condições gerais estabelecidas no artigo 115 da mesma Lei, sem prejuízo de condições especiais a cargo do magistrado ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, ou do juiz de execução no caso de progressão de regime.

Destina-se o regime aberto àqueles condenados à pena inferior a quatro anos, desde que não reincidentes e que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal sejam favoráveis a ele. Há quem entenda que pode ser aplicado em caso de reincidência, o que ao meu ver é o mais correto e coerente com os fins da pena.

O estabelecimento adequado para seu cumprimento é a casa do albergado ou estabelecimento similar, na qual deve o condenado se recolher nos períodos noturnos e nos períodos de folga, podendo ausentar-se dela para o trabalho e estudo durante o horário permitido.

É um regime de semi-liberdade para o condenado, pressupondo seu senso de responsabilidade e autodisciplina. Não há vigilância, mas fiscalização por órgãos destinados por lei para seu cumprimento.

Enfim, não me estenderei em suas peculiaridades que serão vistas pormenorizadamente no capítulo seguinte.

Por fim, ainda dentro do sistema prisional e relacionado com os regimes prisionais encontramos os institutos da progressão e regressão de regime, além da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e da restritivas de direitos em privativa de liberdade que mencionaremos a seguir.

Como visto anteriormente, o nosso sistema de execução de penas privativas de liberdade, em respeito ao princípio de individualização da pena e outras garantias constitucionais, é progressivo, qual seja, permite que o condenado, a partir do momento que vá cumprindo a sua pena e demonstrando reabilitação, passe de regime mais gravoso para o menos gravoso até estar pronto para regressar a sociedade e não voltar a delinquir. Ou, a contrário senso, demonstrando no decorrer do cumprimento da pena que não está apto a receber certos benefícios sob ofensa a coletividade, regride de um regime menos gravoso para um mais severo. São os institutos da progressão e regressão de regime, aplicáveis a todos os crimes, exceto àqueles a quem a própria lei proíbe a progressão (hediondos e a eles equiparados), o que suscita controvérsias.

A lei permite a progressão do regime quando presentes dois requisitos, um de caráter objetivo e outro de caráter subjetivo, quais sejam, o cumprimento de no mínimo 1/6 da pena e o mérito do condenado que deverá ser demonstrado por meio de exame criminológico, ou não havendo meios para realizá-lo, por meio de parecer da Comissão Técnica de Classificação em exame de personalidade.

A lei proíbe a concessão da progressão de regime sem haver posterior exame criminológico e parecer da comissão técnica (artigo 112 da LEP). Entretanto, face a indisponibilidade material para suas realizações em todo território nacional a jurisprudência vem se dividindo em relação ao tema, predominando atualmente a indispensabilidade apenas do parecer da Comissão técnica referente ao exame de personalidade. Nesse sentido: RT669/324; 664/313; 659/270; 658/312.

Assim, o condenado a regime fechado progredirá ao regime subsequente, qual seja, o semi-aberto quando cumprir o requisito material de caráter objetivo (cumprimento de um sexto da pena no regime anterior) e o de caráter subjetivo (mérito do condenado, indicando oportunidade para transferência.)

Após a primeira progressão, o um sexto da pena a ser cumprido será calculado pela pena que resta a cumprir e não pela pena inicial cominada ao delinqüente, pois pena cumprida é pena extinta, conforme afirma o doutrinador Mirabette. Ressalto que existe parte da doutrina e jurisprudência que não concordam com tal cálculo. Por fim, note-se que a lei refere-se a um mínimo de um sexto da pena, podendo ser esse limite estendido conforme cada caso. Oportuno frisar a posição de Paulo Lúcio Nogueira:

além do elemento subjetivo, entendemos que está havendo muita tolerância na apreciação do requisito objetivo, quando deveria haver mais rigor, pois condenados a penas longas, como no caso referido, que foi punido com vinte cinco anos e quatro meses de reclusão, pela prática de homicídio qualificado (dezesseis anos) e roubo qualificado (nove anos e quatro meses), não devem ser favorecidos com a progressão pelo simples fato de terem cumprido um sexto, mas deve-se exigir o cumprimento de mais tempo, já que esse mínimo deve ser aplicado em casos de condenação menos longa, sob pena de indevido favorecimento¹².

O mesmo deve ser adotado na hipótese de regressão, isto é, ao regredir para outro regime, após cumprido um sexto da pena restante terá satisfeito o requisito material objetivo para nova progressão, estabelecendo a lei os fatos que ensejam sua transferência de regime mais brando para o mais severo.

Ainda quanto aos institutos de progressão e regressão, mister ressaltar a divisão existente na doutrina e jurisprudência quanto a necessidade de escalonamento ou não no momento da transferência de regime, qual seja, se ela pode se dar por saltos ou deve seguir a ordem legal, isto é, aberto, semi-aberto e fechado. Conforme disposição estritamente legal, dever-se-ia obedecer ao escalonamento (RT 615/312; 616/279), entretanto, pelas condições atuais de nosso sistema carcerário, tem-se imposto a transferência por saltos para resguardar o

¹² NOGUEIRA, P. L.. Comentários à Lei de Execução Penal. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994

princípio constitucional da individualização da pena e as garantias constitucionais correlatas.

Nesse sentido: RT 630/299; 615/287; 608/319

Por fim, em grande evolução em nosso sistema atual está a aplicação das penas restritivas de direitos em substituição às privativas de liberdade. A questão que se coloca referente ao tema deste trabalho é a que ocorre em caso de conversão da pena restritiva de direito aplicada em privativa de liberdade.

Quando não aceita as condições impostas nas penas restritivas de direito ou não observadas sua cominação, deve-se convertê-la em privativa de liberdade, a qual é fixada anteriormente a substituição na sentença condenatória.

Aqui entra, exatamente, o tema da supressão do regime aberto, pois ao se fazer a conversão, muitas vezes a pena imposta no regime aberto será mais benéfica que aquela restritiva de direitos por ausência de casas do albergado (prisão domiciliar), o que tem levado muitos magistrados a realizar a transferência por salto, direto para o regime mais gravoso como será exposto oportunamente.

Importa frisar que tanto as conversões como a regressão devem ser informadas pelo princípio do devido processo legal, sob pena de anulação da decisão do magistrado, qual seja, mister a oitiva do apenado, proporcionando-lhe momento para a produção de provas.

Esse é o nosso sistema atual de regimes prisionais e execução das penas, lembrando que esta é pública e previamente prevista em lei, aplicável aos fatos tipificados legalmente como crime e somente após o devido processo legal.

A fixação do regime prisional deve ser feita na sentença condenatória, sendo que a execução da pena cominada só se iniciará após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Isto porque, em geral, não se fala em execução provisória da sentença em processo penal, em observância ao princípio da presunção de inocência. Entretanto, disse que é em geral que isso ocorre, visto que nossos tribunais já tem permitido a execução provisória de sentença condenatória nos casos em que é fixado um regime menos gravoso e após o trânsito em julgado para a acusação, pois no recurso do acusado não pode haver reforma *in pejus*. Um exemplo seria o caso de fixação do regime inicial semi-aberto em que o acusado encontra-se preso em cadeia pública. Nada mais justo expedir-se a guia de

recolhimento para que espere o julgamento final em estabelecimento previsto pela sentença de primeiro grau, visto ser menos gravoso e a princípio adequado ao crime cometido. Aliás, tal cominação está prevista no projeto de lei nº.5075/2001.

Nesse sentido:

APELO EXCLUSIVO DA DEFESA NÃO IMPEDE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÃO.

Transitada em julgado a decisão condenatória para o representante do Ministério Público e para o assistente da acusação, possível e justa a execução provisória da pena, a teor do art. 2º da LEP, irrelevante tenha o condenado apelado, pois nessa situação não poderão ser agravadas as penas que suportou nem o regime prisional indicado. (**HC 324.846-0 – SP – 12ª Câmara de Férias – Rel. Juiz João Morenghi – J. 20.07.98 – v.u.) TA/SP, in Boletim IBCCrim 72/ Jurisprudência – Nov/1998, p. 306)**

Caso o juiz monocrático não fixe o regime inicial do cumprimento de pena, caberá ao tribunal fazê-lo. A partir do momento em que transita em julgado a sentença e inicia-se a execução da pena, caberá ao juízo da Vara de Execução Penal (onde houver é claro), com toda a autonomia, decidir eventuais incidentes no cumprimento da pena, inclusive as causas de regressão e progressão de regime.

É esse o nosso sistema atual de execução da pena. Embora promissor no papel, entristecedor no mundo fático.

CAPÍTULO 2

O REGIME ABERTO

2.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CABIMENTO, COMPETÊNCIA, CONCESSÃO E REVOGAÇÃO

O regime aberto, como já visto anteriormente, é uma das espécies de regime de execução da pena privativa de liberdade. Dos três regimes existentes é o menos gravoso e aquele que antecede a liberdade do condenado.

É um regime de semi-liberdade que teve origem nos EUA, em 1841, com John Augustus, sapateiro local que pediu a Corte Americana que lhe cedesse um número de delinqüentes para que trabalhassem em seu estabelecimento comercial, sob sua responsabilidade e em troca de assistência direta a eles, o que lhe foi concedido. Posteriormente, se espalhou pelo mundo afora, destacando o *probation system* no direito britânico, consagrando-se nos congressos de Haia e das Nações Unidas em Caracas.

No Brasil, a primeira prisão albergue foi instituída em 1977 com a Lei 6.416. Todavia, já vinha sendo aplicado o regime aberto por iniciativa do Poder Judiciário em São Paulo.

Baseado no senso de disciplina e responsabilidade do preso, a lei estabelece requisitos gerais e específicos para sua imposição, inseridos tanto no Código Penal como na Lei de Execuções Penais. Vejamos:

O Código Penal em seu artigo 33, § 2º diz:

as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência para regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Baseando-se nesse artigo podemos chegar a conclusão de que poderão ser beneficiados com a fixação inicial do regime aberto aqueles que, não sendo reincidentes, sejam condenados a pena igual ou inferior a quatro anos. Note-se que

o legislador utiliza-se do verbo poder e não dever, qual seja, a simples inserção nesse dispositivo não autoriza, por si só, a fixação de tal regime. Isso porque o regime aberto é um regime de semi-liberdade, calcado no senso de autodisciplina e responsabilidade do condenado, assim outras circunstâncias devem ser analisadas para sua concessão com o intuito primordial de se ver alcançada a finalidade da pena.

Outro problema com que nos deparamos nesse momento é a reincidência como fator impeditivo da concessão do regime aberto. O nosso legislador e sistema como um todo, vê na reincidência uma presunção de periculosidade e denegribilidade do condenado. Entretanto, não podemos levar essa presunção ao pé da letra, sob pena de cometermos verdadeiros absurdos como bem explicitou Gilberto Ferreira em sua obra já citada: "Particularmente, no caso dos regimes iniciais de cumprimento da pena se constitui, por vezes, em flagrante injustiça e causa ao juiz alguma perplexidade, principalmente àquele que interpreta literalmente a lei".¹³

Cita o renomado jurista, exemplos em que um caso de reincidência isolado, em crimes de detenção apenados com alguns meses de privação de liberdade e sem maiores conseqüências sociais, impediria a concessão do regime aberto e, ao contrário, em um caso em que ausente a reincidência, foi cometido um crime muito mais grave e odioso para a vida social em que este, conforme interpretação literal da lei, poderia ser fixado.

Assim, melhor posição é aquela que interpreta o artigo 33 do Código Penal em conjunto e harmonia com as demais normas de direito penal e, principalmente, com os fins da pena. A reincidência ocasional não pode obstruir a aplicação do princípio constitucional de individualização da pena.

O artigo 111 da Lei de Execução Penal determina que sobrevindo condenação em outro crime durante a fase de execução penal, o que caracteriza a reincidência, as penas de ambos serão unificadas a fim de se fixar o regime inicial da pena.

Ora, esse artigo deixa claro que o §2º do artigo 33 do Código penal é subsidiário para a fixação da pena que tem com norteadores centrais o §3º do

¹³ Op.Cit., p. 18

referente artigo e o *caput* do artigo 59, ambos do Código Penal. Logo, o fato de o indivíduo ser reincidente não pode obstar a concessão do regime aberto no caso em que seja suficiente para se atingir o fim da pena. Podendo, portanto, ser concedido o regime aberto, inicialmente, ao reincidente.

Por fim, ainda poderão ser beneficiados por esse regime aqueles condenados inicialmente a execução da pena em um regime mais severo e que a ele cheguem por meio da progressão de regime, ou ainda, aqueles condenados a pena restritiva de direitos que por frustração de sua aplicação, tem-na convertida em privativa de liberdade.

As fases de concessão do regime aberto, em nosso sistema penal se subdividem, basicamente em duas: a direta, concedida inicialmente na sentença condenatória como regime inicial de execução da pena privativa de liberdade e a indireta em que cabe ao condenado, após satisfação dos requisitos elencados taxativamente na lei, requerê-lo, ou ainda, por meio do instituto da regressão que se impõe como punição ao descumprimento das penas restritivas de direitos, eventualmente lhe imposta.

Importante frisar, nesse momento, que hoje em dia face as condições materiais de que dispomos, a jurisprudência tem usualmente utilizado da regressão por saltos, face ao regime aberto, em muitos casos, ser mais benéfico que a pena restritiva de direitos, face sua aplicação desvirtuada (prisão domiciliar).

Na fase direta, caberá ao juiz competente a julgar a pretensão punitiva do Estado, a fixação ou não do regime aberto como regime inicial. Deverá observar se estão presentes os requisitos exigidos por lei, se o tempo de duração da pena é compatível com o regime, se existe, materialmente, a possibilidade real de emprego efetivo ou sua iminência e, principalmente, pela análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, analisar, embora subjetivamente, se o acusado possui as mínimas condições de se ajustar a um regime em que impera a confiança e a autodisciplina. Após analisar todas essas condições e concluindo favoravelmente a sua fixação, deverá especificar na própria sentença condenatória as condições gerais e as eventuais condições especiais que deverão ser cumpridas pelo condenado, que posteriormente ao trânsito em julgado de tal sentença deverá aceitá-las.

Já na concessão indireta, por meio da progressão, o requisito objetivo e subjetivo de progressão de regime prisional deve ser efetivamente comprovado em requerimento e posterior procedimento instaurado para a decisão final do juízo responsável pela execução penal da comarca. Não estando convencido da configuração de tais requisitos, em especial o subjetivo que é mais difícil de se apurar, o juiz da execução que é competente para tal, denegará a concessão que mais tarde poderá ser requerida novamente. Dessa decisão, logicamente, caberá recurso ao tribunal competente, conforme a lei.

Por fim, pode se dar indiretamente nos casos de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando frustrada pelo condenado a sua execução. Também é de competência do juízo da execução da pena e de cuja decisão também caberá recurso. Porém, como já dito anteriormente, a falta de condições materiais para o cumprimento desse regime de semi-liberdade, por ausência, seja de estabelecimentos penais adequados, seja de fiscalização idônea e persistente, muitas decisões tem sido proferidas no sentido de saltar da restritiva de direitos, direto para o regime semi-aberto.

Isso porque o regime aberto como vem sido imposto, muitas vezes é mais benéfico e menos repressivo e reeducativo para o réu que a pena de restrição de direitos o que contribui para sua frustração, gerando a indesejável sensação de impunidade em todos os membros da sociedade e a dolorosa descrença no Poder Judiciário.

As condições indispensáveis para fixação do regime aberto, seja ela direta, seja por meio dos institutos da regressão e progressão, estão elencados na Lei de Execução Penal em seus artigos 113, 114 e 115, os quais passaremos a analisar um a um.

Estabelece o artigo 113 da Lei de execuções Penais que “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz”.

Qual seja, após o transito em julgado da sentença condenatória que fixou o regime aberto como o inicial ou da decisão do juízo da execução penal, o apenado deverá ser intimado para que lhe sejam apresentadas tais condições e para que se

manifeste sobre elas. Não aceitando tais condições, dever-se-á impor o regime subsequente mais gravoso.

Essas condições vem elencadas no referido diploma legal, nos artigos subsequentes e se dividem em gerais e especiais.

As condições gerais para imposição do regime aberto se perfazem em quatro, quais sejam: permanecer no local do cumprimento da pena durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar nos horários fixados pelo regulamento do estabelecimento; não se ausentar da cidade onde reside sem a devida autorização judicial e comparecer em juízo para informar e justificar as suas atividades, quando assim for determinado. (artigo 115 da LEP)

As duas primeiras condições espelham o funcionamento do regime aberto e conferem eficácia a pena, quais sejam, permitir que o sentenciado trabalhe fora do estabelecimento penal, não o afastando do convívio social e, dentro do possível, levando a vida de um homem normal, preparando-o para a liberdade definitiva. Poderá, então, sair para trabalhar percebendo salário normal, seja em empresa particular, seja em estabelecimento público, devendo retornar ao local designado para o cumprimento da pena (casa do albergado ou estabelecimento similar) após a atividade laboral e lá permanecendo nos dias de folga, respeitados seus horários para o transporte e alimentação correlatos. Isso faz com que o preso se reinsira na sociedade e obtenha perspectivas de levar uma vida normal, não voltando a delinquir. Com o salário percebido poderá arcar com suas despesas, reparar o dano sofrido pela vítima e sua família, caso em que se configure e, enfim, poderá proporcionar o sustento de sua própria família. Ademais, embora o condenado esteja sob um regime de semi-liberdade, está cumprindo uma pena privativa de liberdade em decorrência da prática de um ilícito penal, devendo, por conseguinte, ter certas limitações a sua liberdade de ir e vir para que não se frustre o fim repressivo e preventivo da pena.

As duas últimas visam proporcionar meio de controle da pena e também cumprir a função repressiva e reeducativa desta. O apenado não está totalmente livre e deve apresentar-se quando requisitado para que o controle seja devidamente realizado, não podendo, para tanto, ausentar-se sem a devida autorização , pois cumprindo pena está.

As condições especiais para a fixação do regime aberto são aquelas deixadas a cargo do juiz para que, ao máximo possível, individualize a pena e procure dar a ela o máximo de eficácia possível, conforme o crime cometido e seu autor.

As circunstâncias especiais mais utilizadas são aquelas estabelecidas para a concessão do *sursis*, como a proibição de freqüentar certos lugares, ingerir bebidas alcoólicas, jogos de azar e etc.. Entretanto, tais medidas são de difícil fiscalização, principalmente se levarmos em conta que o cumprimento desse regime tem se dado na própria residência do apenado, dificultando-a relevantemente.

Diante desse desvirtuamento e com a colaboração de Gilberto Ferreira, a jurisprudência tem fixado, comumente, a prestação de serviços a comunidade como condição especial de imposição do regime, visto ser uma forma de realmente conferir eficácia a esse tipo de regime, haja vista não haver estabelecimentos adequados para seu cumprimento e muito menos a fiscalização necessária para que ele atinja realmente a sua finalidade e não se torne um símbolo da impunidade e descrença no sistema punitivo brasileiro.

A propósito:

De caráter híbrido, a prestação de serviços a comunidade possui inúmeras vantagens: mantendo o condenado ocupado, obrigando-o a deixar de suas atividades habituais, retribui, de certa forma o mal por este praticado com o crime; o seu efetivo e rigoroso cumprimento serve de exemplo não só ao agente, como também à coletividade de um modo geral, fazendo incutir nesta a certeza de que a prática de conduta idêntica importará em igual punição, atingindo dessa forma, os fins de prevenção; a força do trabalho dela decorrente contribui para a realização de inúmeras tarefas sociais, beneficiando toda comunidade. Pois bem, se a prestação de serviços a comunidade é dotada de tantas vantagens, por que não colocá-la como uma das condições para o cumprimento da pena em regime domiciliar? Note-se que aí o regime aberto não teria nenhum sentido¹⁴

A imposição de prestação de serviços a comunidade segue o estabelecido na lei para o cumprimento das penas restritivas de direitos. Devendo ser realizado da seguinte forma:

Caberá ao juiz da execução designar a entidade ou o programa comunitário ou estatal dentre aqueles credenciados ou convencionados, no qual o condenado

deverá prestar o serviço gratuitamente, de acordo com suas aptidões e pelo tempo em que durar sua condenação.

Deverá ser providenciada a intimação do condenado, cientificando-o do local determinado, dias e horários em que deverá trabalhar, sempre em consonância com sua jornada de trabalho atual.

O trabalho terá duração de oito horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou ainda, em dias úteis em horário disponível do condenado, sendo vedado o intuito de trabalhar mais horas por dia para diminuir o tempo da pena.

A entidade beneficiada fará um relatório mensal sobre as atividades do condenado e o remeterá ao juiz da execução, comunicando, inclusive, ausências e falta disciplinar.

Importante frisar que a condenação a prestação de serviços à comunidade não poderá tolher direitos fundamentais do indivíduo conferido pela Constituição Federal. Aliás se isso ocorresse, frustraria definitivamente os fins da medida, marcando um retrocesso da Ciência Penal.

Por fim, mister ressaltar em contrapartida àqueles que a tem como um verdadeiro trabalho forçado, que em muitos casos, o condenado após cumprir sua pena, continua servindo a instituição e ajudando a comunidade por livre e espontânea vontade de tão gratificante que é sua realização. O ser humano, inevitavelmente, sente-se bem e mais útil a sociedade quando pratica atos de compaixão e benevolência com os necessitados e isso indica regeneração, visto que os motivos e conseqüências do crime são exatamente o oposto disso.

Vendo-se obrigado a trabalhar gratuitamente em prol da sociedade e em períodos intermitentes, período este em que, geralmente, estaria ocioso, durante o tempo de duração de sua pena, é uma solução excelente para corrigir, pelo menos em parte, o desvirtuamento que o regime aberto vem sofrendo face a inexistência de estabelecimentos prisionais adequados.

Claro que não basta só essa visão pelo aplicador da pena, a sociedade deve também fazer a sua parte, recebendo tais condenados, fiscalizando suas condições e formando os conselhos da comunidade previstos em lei, senão de nada adiantará

¹⁴ *op. Cit.*, p. 169

tais esforços. Continuar-se-á criticando o sistema, mas nada contribuindo para sua melhoria. Criticar sem sugerir uma solução é chover no molhado.

Por fim, fixa a lei em seu artigo 114, condições fáticas, preexistentes e necessárias para a concessão do regime aberto e que devem ser devidamente comprovadas e fiscalizadas, quais sejam: o exercício efetivo de trabalho ou a possibilidade de exercício imediato, e apresentar por seus antecedentes ou resultado de exames criminológico e da personalidade, condições de se adequar ao sistema diferenciado do regime de semi-liberdade baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade.

Tais requisitos são obrigatórios, sob pena de frustrar-se os fins da pena e para tanto devem ser fiscalizados e apreciados com rigor, pois infelizmente sabemos que muitos tem forjado a comprovação de um trabalho atual ou iminente e após beneficiar-se com o regime, ficam livres e sem trabalhar, acarretando uma descrença incomensurável ao sistema penal e relevante sensação de impunidade, incentivando futuras transgressões.

Em relação aos exames subjetivos realizados no apenado, mais uma vez nos deparamos com um obstáculo material para execução fiel da lei. Como já mencionado no capítulo anterior, não existem centros de observação em número suficiente no país e quando existem carecem de meios materiais para realizar um trabalho satisfatório. Isso fez com que a jurisprudência, a fim de resguardar os direitos do preso, passasse a exigir apenas o exame de personalidade que é realizado por comissões especializadas formadas nos próprios presídios ou se inexistentes formada por particulares a requerimento do juiz.

Por fim, antes de analisarmos a forma de cumprimento que se tem conferido ao regime aberto, que será objeto do sub item seguinte, cabe-nos destacar, sucintamente os casos de revogação da semi-liberdade.

São casos de revogação do regime aberto e posterior regressão do regime: as hipóteses mencionadas no artigo 118 da Lei de Execução Penal; frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta na sentença condenatória.

A lei estabelece alguns casos em que configura-se a falta grave, em seu artigo 138. Para efeitos do regime aberto podemos destacar o descumprimento das

condições estabelecidas pelo juiz como o abandono de emprego, a não prestação do serviço a comunidade quando imposto como condição especial, entre outras. Eventuais faltas médias ou leves podem ajudar o juiz em seu livre convencimento quando da análise da regressão, indicando a ausência de adaptabilidade ao regime em questão. Claro que isso deve ser valorado em cada caso concreto, não havendo uma regra fixa. Por fim, a revogação só poderá se dar enquanto perdurar o tempo de cumprimento da pena, se decidida posteriormente ao seu término, não há mais que se falar em regressão.

Analisada as condições impostas para a fixação do regime aberto cabe agora nos atermos pormenorizadamente à sua forma de cumprimento, que infelizmente sofreu e tem sofrido um forte desvirtuamento, levando a doutrina e os legisladores a pensar em sua abolição.

2.2 FORMAS DE CUMPRIMENTO

Como já foi visto, o regime aberto pressupõe o senso de responsabilidade do apenado e a autodisciplina. Alípio Silveira, bem explicitou a destinação de tal regime:

tal regime acolherá os condenados aptos às atividades e trabalhos em comum, que sejam capazes de compreender o alcance moral de um regime de confiança e de se submeter a uma disciplina baseada principalmente na autodeterminação... A utilidade do regime é patente. Grande parte das cadeias do interior do Estado são depósitos de presos em promiscuidade, superlotados. Raramente surge trabalho produtivo para os presos; o pecúlio, quando há, não dá para os cigarros. O sentenciado não pode auxiliar a família, nem assisti-la. Ao invés, o regime de semiliberdade permite um trabalho produtivo, remunerado, segundo os padrões normais, e ao mesmo tempo, sob o aspecto disciplinar, na verdade promove a readaptação à vida livre.¹⁵

Conforme o artigo 33 do Código Penal, seu cumprimento deve se dar em estabelecimentos especiais compatíveis com a base do regime.

A casa do albergado é a denominação que se deu a esse tipo de estabelecimento e sua construção e funcionamento devem obedecer a alguns

¹⁵ SILVEIRA, A.. *Prisão Albergue, teoria e prática*. 3ª ed. , São Paulo: LEUD, 1973, p. 139

requisitos impostos pela própria lei de execução penal, os quais passaremos a analisar conjuntamente.

Para seu funcionamento adequado e satisfatório o centro do albergado depende de organização do serviço, prévia seleção dos sentenciados e controle adequado. A organização deve ter como base uma entidade social de caráter amplo e que envolva os mais variados setores da sociedade livre. O conselho da comunidade deve existir e ser atuante. O quadro de funcionários deve ser composto por pessoas que realmente auxiliem a recuperação do delinqüente. O setor público e o privado devem unir-se para o seu sucesso.

As casas do albergados tem como traço característico a ausência de elementos necessários a vigilância reforçada dos outros estabelecimentos penais, visto estar baseado no senso de autodisciplina do preso, ademais fica ele em liberdade durante todo o período em que está trabalhando. Conforme Alípio Silveira: “ nas prisões abertas, os condenados ficam presos pela palavra, isto é, por um compromisso de honra, e não pela brutalidade das muralhas intransponíveis e das grades de aço”.¹⁶

Recomenda-se que sua arquitetura seja diferenciada, as grades e muros altos substituídos por portas e vidros. Não deve ser inspirado nas construções fúnebres e maquiavélicas da Idade Média como comumente ocorre com os outros estabelecimentos penais.

Sua composição deve ser a mais parecida possível com uma pensão familiar. Deve ser composta por quartos que abriguem os apenados, não necessariamente individuais, aliás recomenda-se que assim não o sejam , pois se respeitados os limites razoáveis do espaço físico inerente, o recolhimento em espaços coletivos é mais produtivo para o apenado, pois pode conversar com os demais presos como qualquer pessoa normal necessita. O mais absoluto isolamento é prejudicial ao ser humano, mesmo que a noite e nos dias de folga.

Ademais, além de outros cômodos indispensáveis para a convivência humana como os banheiros e a cozinha, recomenda-se que a casa do albergado contenha alguns espaços especiais. A um, salas destinadas a ministração de palestras e cursos, pois não podemos esquecer que a casa do albergado também é destinada

¹⁶ *op. cit.* p. 117

ao cumprimento de pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana. A dois, deve ter espaço para o entretenimento, pois só assim, realmente se conseguirá atingir os fins das penas, a três espaços reservados ao pessoal da fiscalização do regime e da direção do estabelecimento.

Quanto a sua localização, a lei recomenda que seja construído no espaço urbano para que facilite o acesso ao trabalho e ao convívio social, tanto com a família como com as demais pessoas. Ademais, determina a lei que seja separado dos demais estabelecimentos penais, com o intuito de proteger os beneficiados por esse regime das más influências daqueles demais presos considerados mais perigosos e, por todos os motivos que sabemos existentes nas penitenciárias e colônias penais em nosso sistema carcerário falido. O que se busca também, é evitar que eventuais presos sujeitos ao regime aberto pudessem eventualmente servir de mensageiros e laranjas dos demais detentos, visto que eles podem sair para trabalhar livremente, sem nenhum tipo de vigilância.

Entretanto, isso não obsta que ele seja localizado dentro do mesmo espaço físico dos demais estabelecimentos, o que se impõe é a ausência de contato entre presos sujeitos a outros regimes que não o aberto.

Em relação ao funcionamento, como já exposto anteriormente, o preso deve lá permanecer durante os dias de folga e após a realização do serviço laborativo exigido. Está circunscrito por um regime severo que exige autodisciplina e esforço, sujeito a aplicação de inúmeras faltas disciplinares que poderão, conforme a gravidade, levar a revogação do regime.

Com a prisão albergue bem estruturada e funcionando como deve ser, afastam-se a promiscuidade e o vício, combate-se a ociosidade encaminhando-se o apenado a um trabalho honesto e remunerado normalmente, substituindo o pecúlio irrisório pago pelo trabalho dos presos do regime semi-aberto ou fechado.

Ademais, permite ao sentenciado uma profissionalização adequada por meio de convênios com instituições como o SESI e SENAI, ou simplesmente fornece meios para que ele não se desprofissionalize, facilitando seu egresso a sociedade. Relevante fator é também o do contato e convívio familiar, pois tal espécie de regime não acarreta uma ruptura total com a vida em sociedade e em especial familiar. Enfim, adequadamente construído, com um funcionamento regular e com uma

fiscalização efetiva, com certeza traria muitos benefícios à sociedade como um todo e, em especial, o cumprimento pela justiça dos fins reais da pena.

Nos demais países onde funcionam estabelecimentos desse tipo e até mesmo aqui no Brasil, onde foram construídos esses estabelecimentos, as pesquisas demonstraram um alto índice de aproveitamento, alcançando os objetivos da aplicação da pena. Entretanto, infelizmente a nossa realidade não permitiu que o artigo 95 da Lei de Execuções Penais fosse colocado em prática, inviabilizando a própria existência do regime aberto.

O artigo 95 da Lei de execução penal enuncia que cada região deverá ter, pelo menos, uma casa do albergado ou estabelecimento prisional, inclusive foi estabelecido até multa caso a lei não fosse cumprida. Entretanto, por motivos políticos e outros tantos, o Estado não disponibilizou recursos para a construção de tais instalações, que diga-se de passagem, tem custo bem menor do que os demais estabelecimentos penais e cumpre melhor a sua função social.

Em decorrência da ausência de estabelecimentos adequados o que torna, de certa forma, letra morta as disposições legais pertinentes, a jurisprudência tem procurado soluções para suprir essa ausência, procurando adaptar outros lugares para seu cumprimento, quando imposto. Várias são as soluções dentre elas o cumprimento em cadeias públicas e a prisão domiciliar.

Parte da jurisprudência e uma corrente doutrinária passaram a pregar que na falta de estabelecimento prisional adequado para o regime aberto, este deveria ser substituído pelas cadeias públicas.

Sabemos que as cadeias públicas são destinadas aos presos provisórios que estão aguardando julgamento e posterior fixação do regime adequado para a pena imposta, devendo ser, logo em seguida, enviados para o estabelecimento adequado respectivo.

Entretanto, é de notório conhecimento que juntamente com os presos provisórios, as cadeias públicas abrigam presos já condenados, com regime prisional já fixado, mas que por falta de vagas nos estabelecimentos existentes ou mesmo ausência desses estabelecimentos, acabam cumprindo parte da pena nesses locais impróprios, violentando francamente o princípio da individualização da pena.

Ademais, não podemos deixar de mencionar que os locais destinados ao encarceramento desses presos (provisórios + definitivos) estão superlotados e não apresentam o mínimo de condições básicas para o convívio digno de um ser humano.

Apesar disso, aqueles que pregam pela substituição forçada do estabelecimento adequado ao regime aberto pelas cadeias públicas, argumentam que não há outro meio de se fazer cumprir a lei, senão este, pois deixar de aplicar as regras do regime de semi-liberdade, mantendo-o recluso em decorrência de falta de estabelecimento ou deixa-lo solto, sem fiscalização alguma, geraria descrença na justiça brasileira, a uma por ser violentador dos direitos humanos, a duas por gerar sensação de impunidade.

Mister frisar que a maioria daqueles que pregam pelo abrigo dos apenados a regime de semi-liberdade em cadeias públicas, afirmam que devem ficar separados dos demais presos, em locais especialmente reservados para eles e longe de qualquer espécie de contágio moral e psicológico com os demais presos lá existentes e presumivelmente de maior periculosidade(definitivos, pois em relação aqueles que ainda não foram julgados prevalece o princípio da inocência).

Existe uma minoria que não faz menção a essa separação o que se configura na mais absurda ilegalidade. Pior ainda, tem aqueles que pregam pela não concessão do regime aberto, mesmo preenchidos os requisitos para tal senão houver vagas disponíveis.

Acerca do tema, veja-se as jurisprudências abaixo demonstrando cada uma dessas correntes.

PENA. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. CASA DO ALBERGADO. INEXISTÊNCIA. CUMPRIMENTO. ESTABELECIMENTO ADEQUADO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Não há falar em constrangimento ilegal se, conquanto inexistente casa de albergado, condenado a regime aberto, cumpre pena em edificação adequada, nos moldes previstos pelo art. 82 § 2º da Lei 7.210/54 (LEP), que faculta ao mesmo conjunto arquitetônico abrigar estabelecimentos de destinação diversa, desde que devidamente isolados. Precedentes. RHC improvido. (**STJ – Rec. Em HC 7.650 – Rio Grande do SUL – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ. em 17.08.98, BIJ 195/497**)

PENA. REGIME PRISIONAL ABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE

Havendo cadeia pública local, ala separada e dentro das condições previstas em lei servindo como Casa do Albergado, não há razão para se deferir ao sentenciado à pena com início em regime aberto, o direito a cumpri-la em regime albergado domiciliar. Recurso a que se nega provimento. 9 Rec. Em HC 4.518-3 – STJ – J. em 1.05.95 – DJ 05.06.95 – Boletim de Jurisprudência LBJ, 082/4659 – Juruá)

EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO ALBERGUE

Tendo o Estado destinado local que, mesmo não sendo o ideal, procura atender a situações de emergência, não cave a transformação da prisão albergue em domiciliar, que tem sido deferida ante a absoluta ausência de local adequado. Recomendação ao Juízo da Execução penal para que promova a gestão junto ao departamento do sistema penal do estado a fim de que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto. HC indeferido.

Decisão: por unanimidade, conhecer do pedido e indeferir a ordem, recomendando ao Juízo da Execução Penal promover gestão junto ao departamento do sistema penal do Estado para que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto. (HC 2.229 – RJ _ Rel. Francisco de Assis Toledo – j. 24.11.93 – 5ª T, DJ 13.12.93, p. 27.474)

Insurgindo-se contra essa solução, surgiu nova corrente doutrinária e jurisprudencial que prega pelo cumprimento da execução da pena em regime aberto no próprio domicílio do apenado.

Dizem os defensores dessa idéia que na falta de estabelecimento adequado não se pode gravar o apenado com situação pior da que adviria em caso de existência do estabelecimento. Não poderia o condenado ser penalizado mais gravemente pela inércia do Poder Público em disponibilizar meios materiais para o cumprimento da lei.

Ademais, entendem que somente a prisão domiciliar poderia proporcionar os fins do regime, na ausência de estabelecimento adequado, pois as cadeias públicas existentes atualmente no país, conforme a situação já mencionada anteriormente, não tem a mínima estrutura para que o apenado cumpra os requisitos a ele imposto.

O cumprimento em prisão domiciliar se daria da seguinte forma: o preso sairia para trabalhar durante o período estabelecido em seu contrato de trabalho se recolhendo em sua residência após esse período e nos dias de folga, não podendo de lá se ausentar.

Várias críticas advieram a essa solução. A primeira é de ordem legal visto que a Lei de Execução Penal em seu artigo 117, estabelece taxativamente (exposição

de motivos da lei nº 124) os casos em que pode ser concedido a prisão domiciliar quando da fixação do regime aberto, quais sejam, condenado maior de setenta anos; condenado acometido de doença grave, cujo tratamento seja penoso e prolongado; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental em proteção a criança e condenada gestante.

Assim, não poderia ser estendido para outros casos que não os determinados pela lei, sob pena de burlar-se o intuito do legislador e a finalidade da pena. A segunda crítica diz respeito a dificuldade, ou até mesmo impossibilidade de fiscalização do cumprimento dos requisitos do regime aberto cumprido em prisão domiciliar. A terceira diz que a prisão domiciliar não alcançaria jamais os fins da pena e conferiria à sociedade a sensação de impunidade.

Buscando contornar essas críticas, parte da jurisprudência passou a pregar a fixação de condições especiais para a fixação do regime aberto, permitido pelo artigo 115 da Lei de Execução Penal. Entre elas a adaptação de algumas penas restritivas de direitos e as condições estabelecidas na suspensão condicional do processo, tudo com o intuito de conferir a prisão domiciliar aplicada, efeitos moralizantes e compatíveis com àqueles inerentes ao regime aberto.

A jurisprudência atualmente dominante, passou a fixar a prestação de serviços à comunidade como meio moralizante e efetivador do cumprimento da pena. Como já explanado anteriormente, só assim poderíamos resgatar, ao menos em parte, o fim almejado pela fixação do regime aberto.

Acerca, veja-se as jurisprudências atuais, ressaltando que a posição prevalente no STJ é aquela que permite a concessão de prisão domiciliar no presente caso, ao contrário do STF que entende taxativo o rol do artigo 117 da LEP:

AGRAVO. REGIME ABERTO. RECOLHIMENTO DO CONDENADO EM CASA RESIDENCIAL, NA FALTA DE “CASA DO ALBERGADO”. POSSIBILIDADE. RECOLHIMENTO, PORÉM, DURANTE TODO O DIA, NOS DIAS DE FOLGA E NAS HORAS DE REPOSUSO NOTURNO, NOS DIAS ÚTEIS.

Se o Estado não cumpre a obrigação de dotar “cada região “de, “pelo menos, uma casa do albergado”(LEP, art. 95), não resta a Justiça outra solução, provisória embora, que a de autorizar legalmente o “recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular”, mesmo fora das hipóteses restritas do art. 117 da LEP, pois é evidente que o recolhimento “durante o período noturno e nos dias de folga” na “cadeia pública” que,

nos termos da mesma lei, se destina apenas “ao recolhimento de presos provisórios”(art. 102), é incompatível com o espírito desse regime, que segundo, expressa declaração do Código Penal, “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”(art. 36 *caput*). O recolhimento em todas as noites, e nos “dias de folga”, também durante todo o dia (CP , art. 36, § 1 ; I – LEP , art. 115, I e II, é o mínimo de expiação imposto ao sentenciado em gozo de regime aberto.

Decisão: acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao agravo, para ordenar que o recolhimento d apenado..., em sua própria residência, como autorizado , na decisão agravada, nesse ponto mantida, seja feito em todos os dias, no período de repouso noturno, entre às dezenove e às seis horas e nos dias de folga durante todo o dia, devendo o MM. Juiz da Comarca realizar, para tal fim, nova audiência admonitória. (**Recurso de Agravo 35.321 – Rel. Juiz Edson Malachini – TJPR – 2ª CCRIM – dj 18.04.91**)

CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO. REGIME ABERTO. PRISÃO DOMICILIAR.

À falta de estabelecimento adequado ao cumprimento da prisão albergue, inexistindo Casa do Albergado, nada obsta possa o sentenciado cumpri-la em prisão domiciliar. Ademais, o recolhimento do condenado à cadeia pública sujeitando-o ao cárcere comum, durante o período noturno e nos dias de folga não se conforma com o preceituado em art. 36 do Código Penal que alicerça o regime aberto na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. Recurso Provido. (**Recurso de Agravo 39.666-3 – Rel. Des. Freitas de Oliveira – TJPR – 1ª CCr. – Acórdão 7.894 – DJ. 21.08.95, p. 23**)

É exatamente, diante de todas essas circunstâncias que atualmente vem se questionando o regime aberto e pregando-se a sua abolição. Aliás, alguns magistrados já o vem abolindo por meio da regressão por saltos em face da maior rigibilidade das penas restritivas de direitos nos casos de eventuais conversões para pena privativa de liberdade. Temas, os quais, passaremos a analisar a seguir.

CAPÍTULO 3

ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO

3.1 SUPRESSÃO NO SISTEMA PENAL ATUAL

Após termos analisado o funcionamento do regime aberto, as condições objetivas e subjetivas de que ele necessita para ser aplicado, bem assim as condições materiais para sua execução, nos deparamos com a triste realidade em que se encontra o nosso sistema carcerário.

Os estabelecimentos penais ao que parece, foram relegados a segundo plano pelo poder público, que só faz criticar o sistema penitenciário e o próprio poder judiciário, como se não tivessem responsabilidade nenhuma na atual situação caótica em que se encontra o país.

Reflexa e inevitavelmente, a sociedade passa a nutrir um sentimento de descrença na Justiça brasileira e a sensação de medo e impunidade se alastra pelos quatro cantos do país. Dizem alguns que a culpa é da morosidade da justiça, outros da corrupção, quem já não ouviu aquela frase que diz “quem tem dinheiro não vai para cadeia” e por fim tem aqueles que colocam a culpa no próprio sistema penal.

Porém, sabemos que o problema não se resume a uma ou outra coisa, mas sim a um conjunto de fatores que impedem o sucesso do sistema vigente. A lei de execução penal como está escrita atualmente possui conteúdo abrangente e admirável. A intenção do legislador foi excelente, procurando claramente humanizar o sistema punitivo do país e harmonizá-lo com as garantias constitucionais do indivíduo, muitas vezes ignoradas na execução da pena.

Inegável que há uma convicção praticamente unânime de que a Lei de Execução Penal é inexecutável em muitos de seus dispositivos e que por falta de estrutura adequada, poucas modificações trouxe para o mundo concreto. Não podemos deixar de constatar a sua inaplicabilidade no sistema penitenciário sancionatório material, por pura omissão do Poder Público em estabelecer condições para tal, separando-a abissalmente da realidade nacional.

Como explanado no I Encontro Nacional de secretários da Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários: “ não podemos esquecer que, em sua

intimidade com o Direito Penal e com o direito Processual Penal, dos quais é decorrência lógica o direito penitenciário se compõe em uma somatória de legislação criminal, que deve estar atenta, antes de mais nada, abandonadas as abstrações teóricas, à palpável realidade brasileira.”(Monção de Nova Friburgo).

Não é só o poder público que é omissivo, mas também a própria sociedade que fecha as portas para o egresso e que não participa da realidade penitenciária atual, participação essa, no sentido material e funcional da palavra. Por exemplo, as penas restritivas de direitos necessitam da participação ativa da sociedade para que seja realizada e fiscalizada, atingindo o seu fim. Da mesma forma o regime aberto e tantos outros dispositivos penais.

É diante dessa realidade entristecedora que a jurisprudência vem procurando encontrar meios de adaptar a lei à realidade material que possuímos. Os penalistas e os magistrados têm procurado oferecer soluções práticas para que os fins da aplicação da pena sejam alcançados com a máxima verossimilhança possível ao texto da lei. Dentro desse contexto surgiu a regressão e progressão do regime por saltos.

Mas o que isso quer dizer?

O Código Penal estabelece em seu artigo 59 que, para a fixação da pena, o juiz atendendo a culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequência do crime, bem como ao comportamento da vítima, deve estabelecer, a pena a ser aplicada e fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, obedecendo a ordem enunciada no artigo 68 do mesmo *codex*.

Da mesma forma a lei de execução penal em seu artigo 112 estabelece que a pena privativa de liberdade deverá ser executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso a ser determinada pelo juiz quando presentes os requisitos para tal.

Assim, pode-se concluir que a lei estabeleceu que a regressão ou progressão de regime deve seguir o escalonamento legal, qual seja, de cima para baixo, o regime fechado, o regime semi-aberto e o regime aberto.

Entretanto, ao se depararem com essa situação e com a realidade material existente, os tribunais passaram a realizar a progressão ou regressão por

saltos. A ausência de estabelecimentos penais adequados ou a falta de vagas nos já existentes impediam que esses dois institutos se realizassem de forma escalonada, realizando-se, então, a operação por saltos.

O fundamento utilizado é de que na ausência de condições materiais para se cumprir rigorosamente tal escalonamento, visto que muitos condenados cumprem quase que metade da pena em cadeias públicas ou estabelecimentos inadequados ao regime pertinente, não se pode impedir que o condenado que tenha cumprido metade de sua pena em cadeia pública tenha seu direito de progressão vedado por falta de vagas em estabelecimentos semi-aberto, por exemplo.

Por outro lado, em situação diferente, deparou-se com a mesma incoerência da legislação vigente, realidade e fins da pena, quando se configurava a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, cujo regime inicial era o aberto.

Face a inexistência de estabelecimentos penais adequados para a execução da pena nesse regime, a jurisprudência dominante tem fixado a prisão domiciliar, sem prejuízo das demais condições. Ocorre que face a experiência prática da aplicação de tais penas e o modo como se aplica, o regime aberto assim concedido, passou a ser menos gravoso para o condenado do que a pena restritiva de direitos fixada em substituição à privativa de liberdade.

Para restabelecer a coerência lógica do sistema penal, têm-se suprimido o regime aberto, passando o condenado faltoso com as condições impostas na pena restritiva lhe fixada para o regime semi-aberto, sob pena de frustração total da função preventiva e reeducativa da pena e da própria descrença na Justiça local.

Assim, constata-se que a realidade material existente está prejudicando o sistema como um todo, tornando-se inócua e supérflua para o sucesso do sistema penal. As penas restritivas de direitos, também aplicáveis aquelas penas no que não ultrapassem quatro anos de privação de liberdade tem se mostrado muito mais eficazes que aquela privativa de liberdade fixada em regime aberto. Ademais, face a crise do complexo carcerário brasileiro, tais substituições, graças a Deus, tem aumentado de volume, visto os resultados positivos que vem produzindo. Aquele preconceito de que a prestação de serviço a comunidade é uma falácia, de que é

pura impunidade está sendo deixado para trás face aos bons resultados obtidos e seu campo de aplicação tem aumentado cada vez mais.

Diante dessa realidade e da convicção de que não serão construídos e conservados adequadamente os sistemas penitenciários necessários para o cumprimento da lei, sugeriu-se a abolição do regime aberto, alterando-se o Código Penal e, conseqüentemente a Lei de Execução Penal, cujas propostas passaremos a analisar a seguir.

3.2 ABOLIÇÃO DO REGIME ABERTO EM PROJETO DE LEI

Existem, atualmente, propostas de alteração legislativa da parte geral do Código Penal, bem como da Lei de Execução Penal procurando conferir mais eficácia ao sistema atual e adequação com a realidade. Entre essas alterações que estão tramitando no Congresso Nacional, está, entre outras, a abolição do regime aberto.

O projeto de lei nº 3473/00 tem como objetivo alterar a parte geral do Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, qual seja, o Código Penal. Sua redação traz as seguintes modificações no que concerne a pena de prisão e seus regimes de execução.

Art. 33. A pena de prisão deve ser cumprida de forma progressiva, em *regime fechado, semi-aberto e em livramento condicional*.

§ 1º considera-se:

I – regime fechado a execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou média

II- regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

III – livramento condicional a execução da pena em liberdade condicional.

Sistema Progressivo

§ 2º a pena de prisão será executada de forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um terço da pena no regime anterior e não tiver praticado falta disciplinar de natureza grave, observado o disposto na lei de execução penal quanto à natureza da infração e procedimento apuratório.

§3º a decisão denegatória da progressão do regime será motivada (NR)

Art. 34 o regime inicial de cumprimento da pena será fixado de acordo com os seguintes critérios:

I- o condenado a pena igual ou superior a oito anos deverá iniciar o cumprimento em regime fechado.

II- O condenado cuja pena seja igual ou superior a quatro anos e inferior a oito anos poderá iniciar o cumprimento em regime fechado ou semi-aberto;

III- A pena inferior a quatro anos poderá ser substituída por pena de restrição de direito

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese poder-se-á estabelecer o livramento condicional como regime inicial de cumprimento de pena (NR)

Analisando a redação deste projeto de lei, bem assim seu conteúdo, podemos constatar que houve significativas mudanças em matéria de pena privativa de liberdade e sua execução.

Não se fala mais em reclusão ou detenção, mas simplesmente em prisão; eliminou-se o regime aberto e o critério para a fixação inicial do regime inicial de cumprimento da pena.

Caso obtenha a aprovação devida, nosso sistema de execução de pena privativa de liberdade irá funcionar da seguinte forma:

Continuar-se-á operando o sistema de progressão e regressão de regimes conforme o cumprimento do requisito objetivo e subjetivo já explanado anteriormente. Diferente não poderia ser, vez que o princípio da individualização da pena, assegurado constitucionalmente, não pode ser alterado por lei ordinária. Ademais, chocar-se-ia com o fim último e atual da pena que é a ressocialização do condenado.

Em sendo a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, poderá se impor a restritiva de direitos, como já ocorre no nosso sistema atual. Entretanto a mudança significativa é que não sendo aplicada a substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos, embora nada disponha a lei expressamente, presume-se que o condenado, cumprirá inicialmente a pena em regime semi-aberto.

Note-se também, que não se fala mais em reincidência no momento de fixação do regime inicial de cumprimento da pena, deixando ela de ser um obstáculo para a efetividade do princípio da individualização da pena como demonstrado no capítulo anterior.

Com essa modificação, creio eu que visa-se conferir mais importância as penas restritivas de direitos e a aplicabilidade da lei ao caso concreto.

Conforme a redação desse projeto de lei a pena restritiva de direito continua tendo as mesmas diretrizes, sendo cabível quando a pena aplicada for menor de quatro anos ou qualquer pena caso se trate de crimes culposos. Ademais, continua tendo como diretriz as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Mister frisar que, consoante com a prática jurisprudencial já dominante atualmente, sendo convertida a restrição de direito por pena privativa de liberdade. O regime cabível será o semi-aberto.

Logo, as alterações propostas todas elas estão intimamente ligadas com o que já foi exposto nesse trabalho. A ausência de condições materiais e administrativas que levou o nosso sistema carcerário ao caos, necessita de soluções sob pena de falência de todo o sistema penal.

A inexistência ou insuficiência de casas do albergados levaram a supressão desse regime prisional, pois mesmo após 15 anos de promulgação da Lei de Execução Penal o Estado não proporcionou e nem deu sinais de que iria proporcionar a construção dos estabelecimentos adequados para concretização desse regime prisional o que acabou-se em transformar-se em impunidade face a impossibilidade de fiscalização da prisão domiciliar em que foi transformado.

O desvirtuamento do instituto da prisão especial domiciliar, reservado por lei apenas a casos específicos e que atualmente vem sendo desvirtuado por força das circunstâncias, voltará a ter sua aplicação correta e a sensação de impunidade em relação a esse tipo de execução da pena vai desaparecer. O mesmo se diga àquelas execuções que se davam em cadeias públicas e em locais improvisados face a ausência de casas do albergado ou insuficiência de vagas nas já existentes.

Da mesma maneira e por via de consequência, também existe um projeto de lei que visa alterar a Lei de Execução Penal, é o projeto de lei nº 5075/01 e o de nº 5073/01.

Esses projetos de lei procuram atualizar ou subsumir de maneira mais perfeita o preceito legal a possibilidade real de sua aplicação face as condições materiais que possuímos.

Não se fala mais em regime aberto ou casa do albergado em nenhum de seus dispositivos, restringindo-se apenas ao regime fechado, semi-aberto e

livramento condicional. Sempre remetendo aos artigos 33, 34 e 35 do Código Penal com a nova redação conferida pelo projeto de lei acima citado.

Mister ressaltar que todas essas considerações que acabei de tratar são presunções do que irá ocorrer caso estes projetos sejam convertidos em lei. Entretanto, com certeza, dúvidas acerca de sua interpretação e aplicação prática surgirão. Correntes doutrinárias se dividirão e novas adaptações poderão ser necessárias para adequar, mais uma vez a lei a realidade material de que dispomos. Entretanto, resultados precisos só poderão ser obtidos após a experimentação desse novo sistema.

Sua intenção é boa, resta sabermos como o será na prática. Eventualmente alguns doutrinadores, magistrados e advogados se insurgirão quanto a abolição do regime aberto, vez que a aplicação da pena, a primeira vista, ficará mais rigorosa. Outros a louvarão, principalmente pela importância atribuída aquelas penas restritivas de direitos que somente há pouco tempo ganhou espaço no mundo da execução penal.

Com certeza novas propostas advirão, até mesmo relacionadas a esse mesmo tema, novas alternativas a crise do sistema surgirão. Entretanto, como já dito anteriormente a solução não virá apenas da adequação da lei ao mundo do ser, é necessário que outros setores da sociedade também passem por reestruturações sob pena de nos afundarmos cada vez mais.

CONCLUSÃO

Para analisarmos as conseqüências da supressão do regime aberto de execução de pena privativa de liberdade, discorreremos sobre a história da pena, sua aplicação atual e suas modificações futuras.

Iniciamos com um breve relato sobre a história da pena e suas diversas conotações ao longo do tempo. Seu gérmen surgiu da própria natureza instintiva do homem, haja vista que suas reações eram causadas por instinto ínsito de sobrevivência. Com o surgimento de tribos, surgiu a chamada vingança coletiva que foi reafirmada com o aparecimento da instituição familiar. A sociedade foi se desenvolvendo e a necessidade de impor comportamentos a seus membros e justificá-los fez com que a pena passasse a ser uma expiação divina e posteriormente pública. Nesse período ela era utilizada apenas como caráter punitivo e preventivo, envolta a cerimônias macabras e grandiosas. A partir do momento que deixou de produzir os efeitos necessários, mais uma vez sua concepção transmutou-se, passando a ser tida como retributiva, preventiva até chegar a finalidade regeneradora e ressocializadora, que predomina atualmente.

As lutas e críticas ainda continuam nos dias de hoje, procurando-se realmente encontrar um sistema com menos falibilidade e que realmente recupere o apenado ao invés de inseri-lo, ainda mais, no mundo do crime. Buscam-se novos métodos de punição face a situação precária e absurda de nossos estabelecimentos penais e, por que não, da própria legislação.

Juntamente com essa transmutação do conceito de pena foram surgindo os meios de sua cominação e entre eles as penas privativas de liberdade, advindo, então a idéia de prisão.

As primeiras prisões registraram-se na Europa, no século XVI, sendo inicialmente destinadas a internação de mendigos, prostitutas e jovens criminosos.. Conquanto, foi nos séculos XVII e XVIII que se disseminou pelo mundo. Surgiram, em decorrência disso e da própria concepção da pena, vários modelos de estabelecimentos penais e formas de execução dessas penas privativas, até chegarmos aos regimes prisionais existentes atualmente, quais sejam, o regime fechado, o regime semi-aberto e o regime aberto.

Atendendo ao comando constitucional de individualização na execução da pena, a legislação atual adotou o sistema progressivo já vigente na lei anterior.

O sistema progressivo leva em conta o mérito do condenado a quantidade da pena e a reincidência., dividindo a execução da pena nesses três regimes.

A Lei de Execução Penal, além do próprio Código Penal disciplinam sua aplicação, suas características e formas de execução.

Entretanto, apesar de a lei de execução penal ser moderna e progressista, não há no país estrutura suficiente para aplicá-la. Em face da ausência de estrutura e da impossibilidade ao menos aparente de criá-la, estuda-se nova modificação do sistema penal para que possa, ao menos, ser destinado ao preso um tratamento real, mais humano, digno e dentro da realidade que temos em nosso país. Mas uma coisa é certa, se os governantes e a sociedade privada não se unirem para por em prática tais reformas e leis, o sistema não obterá sucesso, façam-se tantas mudanças quanto se acharem convenientes.

O regime aberto, com visto é baseado no senso de disciplina e responsabilidade do preso. É um regime de semi-liberdade, no qual o apenado convive socialmente, trabalhando fora do estabelecimento durante o dia e se recolhendo no período de folga e após o horário de expediente.

Para a concessão desse regime, a lei estabelece requisitos gerais e específicos para sua imposição, inseridos tanto no Código Penal como na Lei de Execuções Penais. Todos esses requisitos devem ser analisados com cautela pelo magistrado e fiscalizados com afincos pela sociedade para que o regime possa atingir os seus objetivos.

Enfim, o regime aberto era para ser um regime antecedente de liberdade plena do apenado, buscando verdadeiramente sua reinserção na sociedade mantendo o contato com o mundo e com os familiares longe da poluição moral dos estabelecimentos penais existentes. Entretanto, as disposições legais encontradas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais não vem encontrando maneiras de ser aplicada corretamente haja vista que o poder público não proporcionou os meios materiais para sua consecução, não existem estabelecimentos penais adequados para o regime, nem tampouco perspectiva de suas construções. Ademais, a própria

sociedade deixa de cumprir seu papel naqueles locais em que se instalam as raríssimas casas do albergado existentes e em funcionamento no país.

Essa conjuntura nacional obrigou os magistrados a encontrarem soluções para a aplicação do regime aberto. Como visto anteriormente, há aqueles que pregam pelo seu cumprimento em cadeias públicas, em celas normais ou em celas especiais, conforme a corrente. Porém, a maioria da jurisprudência entende ser mister aplicar a prisão albergue domiciliar como é denominada, na qual o apenado cumpre todos os requisitos do regime, mas deve se recolher em sua própria residência em substituição ao estabelecimento adequado faltante.

Entretanto, ao se estabelecer o regime aberto em prisão domiciliar a fiscalização se torna difícil, se ela já não é suficiente quando existem estes estabelecimentos adequados, imagine nas residências dos próprios apenados. Isso fez com que uma sensação de impunidade e descrença na própria justiça se espalhasse pela sociedade, pois o indivíduo cometia um delito cuja pena fosse até quatro anos e se encaixando nos demais requisitos, acabaria por não cumprir pena alguma se não fosse substituída por pena restritiva de direitos.

Então, os magistrados, mais uma vez, procuraram resolver a situação impondo aos condenados no regime aberto condições especiais de cumprimento, entre estas, a própria pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, o que de certa forma legitimou o instituto e o conferiu maior eficácia.

Mas então vem a pergunta: Se a pena restritiva de direito vem obtendo maior eficácia que a pena privativa de liberdade em regime aberto, ambas com limite temporal máximo de pena *in concreto* de quatro anos e ambas calcadas no senso de disciplina e responsabilidade do apenado, por que não abolir o regime aberto que tanta descrença e desvirtuamento tem trazido ao sistema penal, não encontrando meios materiais de concretizar-se?

Baseado nessa situação, tramita no Congresso Nacional projetos de lei que visam alterar o Código Penal, bem assim a Lei de Execuções Penais, extinguindo o regime aberto, estabelecendo como estágios de cumprimento de pena privativa de liberdade o regime fechado, o semi-aberto e o livramento condicional, além da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Analisando tais projetos de lei, chegamos a conclusão que o que se busca é conferir a lei maior eficácia e maior resultado no campo do ser. É necessário alcançar concretamente os resultados almejados sob pena de uma catástrofe sociológica, na qual a barbárie pode crescer e um mundo paralelo passar a governar as nossas vidas, na qual a lei constitucionalmente elaborada deixará de ser o eixo principal da Justiça brasileira.

Aumenta-se a importância das penas restritivas de direitos humanizando-se , ainda mais, a concepção de pena. Elimina-se o desvirtuamento da letra da lei que não podia ser cumprida por inércia do Poder Executivo. Reinsere-se na sociedade um pouco mais de credibilidade na Justiça. Confere ao sistema penal mais coerência e lógica.

Assim, a mudança proposta por esse projetos proporciona inúmeras vantagens ao sistema penal e a sociedade como um todo. É claro que o regime , a primeira vista, pode ficar mais rigoroso, pois suprimiu-se uma fase de semi-liberdade ao preso, entretanto se substituída pela restritiva de direitos trará benefícios ao próprio apenado e à sociedade como um todo.

A supressão do regime aberto, assim é o elo de ligação entre o espírito da pena e a realidade concreta, obedecendo fielmente ao princípio da individualização da pena e as garantias constitucionais ínsitas, não trazendo, de nenhuma forma, prejuízo ao apenado, pois a análise de tal prejuízo deve ser apreendida sob o ponto de vista da recuperação e reinserção do condenado a sociedade, enfim ao fim da pena.

Portanto, essa alteração legislativa é providencial para o bom funcionamento do sistema punitivo nacional, já que não há perspectivas de viabilização das condições materiais para o cumprimento do regime aberto que tantas vantagens poderia trazer a sociedade.

Porém, é preciso que a sociedade se conscientize de que deve , de uma vez por todas, assumir o papel que lhe cabe na reinserção do apenado na sociedade sob pena de , mais uma vez, os fins da pena falharem. As penas restritivas de direitos necessitam da participação ativa da comunidade, não só de entes públicos, mas também da sociedade privada. A união é necessária para o êxito dessa reforma. Conforme jargão popular: “ A união faz a força.”

BIBLIOGRAFIA

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BECCARIA, Cesare Bonesane. *Dos delitos e das penas*, tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Regimes Penais e exame criminológico*. RT638/260-9.
- *A falência da pena de prisão*. RT 670/241.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª ed., São Paulo: Renovar, 1991.
- DONNICI, Virgílio Luiz. *A criminologia na Administração da Justiça Criminal*.
- DOTTI, René Ariel. *O novo sistema de penas*. (s.e), São Paulo: Saraiva, 1985.
- *Execução Penal no Brasil: aspectos constitucionais e legais*. RT 664/239.
- DURKHEIM, Émile. *Deux Louis de L'Évolution Penale in L'Année Sociologique*, 1980.
- EVANGELISTA, Maria Dora R. Evangelista. *Prisão Aberta: a volta à sociedade*. São Paulo: Cortez, 1983.
- FARIAS JUNIOR, João. *A ineficácia da Pena de Prisão e o Sistema Ideal de Recuperação do Delinquente*.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- *A prestação de serviços à comunidade*, RT 647/264.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, tradução de Ligia M. Pondé Vassalo, Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGROSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FUNES, Mariano Ruis. *A crise nas prisões*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- GOMES, Luiz Flávio. *Da inexecutabilidade da Lei de Execução Penal*. RT 593/463-471.

- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*. (s.e.), Curitiba: Juruá, 1999.
-Regime aberto. Casa do albergado. Prisão albergue domiciliar
PJ 28/213.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Prisão Albergue*. (s.e). Bauru: Jalovi, 1979.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
-. *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*.
7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão : um paradoxo social*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Alguns aspectos do Sistema de Penas no Projeto do Código Penal*, RT 580/305.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Prisões fechadas e Prisões abertas*. Série de Estudos Penitenciários, São Paulo: Cortez & Moraes, 1981.
.....-O drama das penas de prisão, RT613/275.
- SANTOS, Paulo Fernando dos Santos. *Aspectos Práticos de Execução Penal*. (s. e.), São Paulo: Leud, 1998.
- SILVA, Evandro Lins e. ver de Beccaria a Filippo Gramatica, *Sistema Penal para o Terceiro Milênio, atos do Colóquio Marc Ancel*, organização de João Marcello de Araujo Junior, Rio de Janeiro, 1991.
- SILVEIRA, Alípio. *Prisão Albergue: teoria e prática*. 3ª ed., São Paulo: Universitária de Direito, 1973.